

Sygn. akt: KIO 509/19

WYROK
z dnia 9 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2019 r. przez wykonawcę: **B. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Centrum Aktywizacji Zawodowej ATUT B. K., ul. Grażyny Bacewiczówny 2/13, 02-876 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego, ul. Wspólna 1/3, 00-529 Warszawa**,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **B. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Centrum Aktywizacji Zawodowej ATUT B. K., ul. Grażyny Bacewiczówny 2/13, 02-876 Warszawa**, i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **B. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Centrum Aktywizacji Zawodowej ATUT B. K., ul. Grażyny Bacewiczówny 2/13, 02-876 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **B. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Centrum Aktywizacji Zawodowej ATUT B. K., ul. Grażyny Bacewiczówny 2/13, 02-876 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego, ul. Wspólna 1/3, 00-529 Warszawa** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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**.

.....

Sygn. akt: KIO 509/19

Uzasadnienie

Zamawiający: Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Organizacja wizyt studyjnych dla kadry zarządzającej i administracyjnej polskich uczelni w czołowych europejskich uczelniach zagranicznych w ramach projektu PO WER”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 października 2018 r. pod numerem 2018/S 199-452657.

Pismem z dnia 14 marca 2019 r. (przesłanym w dniu 15 marca 2019 r.) Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty złożonej w zakresie części 1 (Dania) przez wykonawcę: **B. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Centrum Aktywizacji Zawodowej - ATUT B. K. z siedzibą w Warszawie (dalej „ATUT”)**, i jako, że oferty pozostałych wykonawców również zostały odrzucone, postanowił o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz Rozdziału XIX ust. 1 pkt 1 SIWZ.

Wykonawca ATUT wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części I zamówienia – Dania (4 wizyty studyjne), zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz wobec unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1.art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji, który miał polegać na ujęciu w podpozycji pkt 1.4. oferty kosztu na jednego uczestnika z jednoczesnym określeniem części kosztu

(ryzyka utraty opłaty rezerwacyjnej) w pozycji 1.1. oferty, podczas gdy Odwołujący postąpił zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (Rozdział XV ust. 1, Rozdział XV ust. 2, Formularzem oferty, §4 ust. 4 IPU.

Odwołujący wskazał, że z postanowień SIWZ wynika, iż w pozycji nr 1.4. Formularza oferty należało podać koszty, które Zamawiający będzie mógł potrącić od ceny zaoferowanej w pkt 1 oferty, jeśli dany uczestnik nie weźmie udziału w wizycie studyjnej. Podkreślił, że brak jest w załączniku nr 5 do SIWZ - formularzu oferty - miejsca do wskazania kosztów przypadających na uczestnika, których poniesienie stanowi ryzyko wykonawcy przy realizacji zamówienia. Mając jednak na uwadze, że pkt. 1.4 jest wyodrębniony z pkt 1.1. do 1.3. to koszty te mogły zostać ujęte w pozycji 1.1.

Wykonawca nie mógł, zgodnie z ww. postanowieniami SIWZ, w tym w Rozdziale XV ust. 1 uwzględnić kosztów (ryzyka utraty kosztów) rezerwacji, które na skutek odwołania rezerwacji Odwołujący utraci, w podpunkcie 1.4. Oznaczałoby to bowiem realizację zamówienia ze stratą. Ponieważ Zamawiający nie określił w ramach pozycji od 1.1 do 1.3., gdzie należy wskazać niepodlegające potrąceniu koszty na uczestnika wizyty studyjnej Odwołujący ujął je w pozycji 1.1.

O czynie nieuczciwej konkurencji nie może być także mowy w niniejszym postępowaniu, jako że zgodnie z określonymi przez Zamawiającego w Rozdziale XVI SIWZ - Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert - o wyborze oferty jako najkorzystniejszej decydowała cena całkowita z pkt 1 oferty, a nie ceny wskazane w podpunktach 1.1 do 1.4. Cena podana przez Odwołującego w podpunkcie 1.4 Formularza ofertowego ma jedynie stanowić podstawę do dokonania potrącenia z wynagrodzenia wykonawcy, w przypadku braku wzięcia udziału określonej ilości uczestników w wizycie studyjnej.

Odwołujący podniósł, że wskazane w uzasadnieniu o odrzuceniu oferty stanowisko Zamawiającego o czynie nieuczciwej konkurencji z uwagi na „przerzucanie kosztów między cenami jednostkowymi” jest absurdalne. Po pierwsze, dlatego, że jak wskazano wyżej pozycja 1.4 jest wyodrębniona z pozycji od 1.1 do 1.3., tj. koszty za uczestnika są ujęte w pkt 1.1. do 1.3. Podpozycja 1.4. nie jest pozycją samodzielną; stanowi ona podkategorię podpozycji 1.1 do 1.3. Po drugie, mając na uwadze złożone, pismem z dnia 7 marca 2019 r. wyjaśnienia, w których Odwołujący wskazał, że w przypadku rezygnacji z uczestnictwa części osób, Odwołujący utraci opłaty rezerwacyjne, stanowisko Zamawiającego prowadzi do absurdalnego wniosku, że powinien on ująć w pozycji 1.4. cały koszt za jednego uczestnika wizyty wraz z opłatą rezerwacyjną, a następnie, aby nie zrealizować zamówienia ze stratą (w przypadku dokonania przez Zamawiającego potrącenia z wynagrodzenia zgodnie §4 ust. 4 IPU, czyli potrącenia także kosztów rezerwacji), powinien o dwukrotność tych kosztów podwyższyć cenę z pkt 1 (podpozycji 1.1.), skoro Zamawiający tą kwotę z podpunktu 1.4. potrąci z kwoty z pkt 1.

W tej sytuacji, inaczej niż miało to miejsce w ofercie Odwołującego, wykonawca musiałby jeszcze bardziej podwyższyć cenę całkowitą oferty i ująć podwójny koszt opłat rezerwacyjnych w punkcie 1 i podpunkcie 1.1.

Zatem, gdyby Odwołujący nie popełnił rzekomego „czynu nieuczciwej konkurencji”, to Zamawiający musiałby zapłacić wykonawcy bez uzasadnienia wyższą cenę. W ocenie Odwołującego, ujęcie kosztów w podpozycji nr 1.4 ma neutralny charakter dla Zamawiającego, tj. nie zwiększa kosztów realizacji zamówienia i nie naraża wykonawcy na stratę. 2.art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania w uwagi na to, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, podczas gdy oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu i powinna zostać uznana za najkorzystniejszą;

3.art. 91 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, skoro spełnia ona wszystkie wymogi SIWZ i powinna uzyskać najwyższą liczbę punktów w ramach kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Przedmiotem zamówienia jest organizacja wizyt studyjnych dla kadry zarządzającej i administracyjnej polskich uczelni w czołowych europejskich uczelniach zagranicznych w ramach projektu Programu Operacyjnego Wiedza Edukacja Rozwój pn. „Liderzy w zarządzaniu uczelnia”, w tym część I zamówienia – Dania (4 wizyty studyjne).

Termin składania i otwarcia ofert został wyznaczony na dzień 13 listopada 2018 r. Przewidywany termin realizacji zamówienia upływa w dniu 31 maja 2019 r. W związku z powyższym Odwołujący założył w ofercie, że do zawarcia umowy i uzgodnienia terminów wizyt studyjnych dojdzie na przełomie grudnia/stycznia 2019 r., a czas dzielący rezerwację hoteli od czasu, w którym Zamawiający poinformuje wykonawcę o rezygnacji części osób z uczestnictwa może wynieść nawet do 4 miesięcy.

Zamawiający, pismem z dnia 4 marca 2019 r., wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty na podstawie Rozdziału XVII ust 2 pkt 1 SIWZ, w tym do złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty za realizację przedmiotu zamówienia w zakresie części I (Dania). Zamawiający wskazał, że: „Z przedstawionych wyjaśnień powinno wynikać, czy zaoferowany koszt za jednego

uczestnika wizyty studyjnej obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotowego zakresu zamówienia, a także że nie jest ustalony poniżej cen rynkowych za tego typu usługi w Danii.”

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonał nieuprawnionej interpretacji treści SIWZ, iż w podpozycji 1.4 Formularza ofertowego należy ująć wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, podczas gdy zgodnie z literalną treścią formularza oferty należało tu ująć wyłącznie koszty, które są niezbędne do rozliczenia z wykonawcą, tj. koszty, których wykonawca nie poniesienie w związku z rezygnacją danego uczestnika.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 8 marca 2019 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, których treść przytoczył w odwołaniu. Odwołujący wskazał, że w treści odwołania oraz w piśmie z dnia 8 marca 2019 r. obszernie wyjaśnił, że cena wskazana w podpunkcie 1.4. jest ceną zgodną z postanowieniami SIWZ oraz ceną neutralną dla Zamawiającego, która nie narusza w żadnym wypadku interesu Zamawiającego. Przeciwnie, gdyby Odwołujący dokonał wskazania ceny zgodnie z ujawnioną przez Zamawiającego (niezgodną z SIWZ i nielogiczną) interpretacją, to Zamawiający w przypadku gdy udział wezmą wszyscy uczestnicy zapłaciliby cenę wyższą od tej zaproponowanej przez wykonawcę w ofercie.

Według Zamawiającego, Odwołujący zastosował fikcyjne ceny jednostkowe, co jest zarzutem całkowicie bezpodstawnym oraz przerzucił koszty pomiędzy pozycjami. Powyższe nie jest prawdą. Wykonawca jasno określił w wyjaśnieniach z dnia 8 marca 2019 r., w jaki sposób wyliczona została cena dla podpozycji 1.4. i jak opisano powyżej, cena wskazana w tym podpunkcie, jest kosztem „wyciągniętym” z podpozycji 1.1. Cena wskazana w podpozycji 1.4. nie jest ceną oderwaną od ceny ujętej w pozycji 1, w tym w podpozycji 1.1. Jest ceną, która zawiera koszty, których wykonawca nie poniesienie w razie rezygnacji przez Zamawiającego z uczestnictwa części personelu. Nie jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami zapobieganie przez wykonawcę poniesieniu straty/kalkulowanie ryzyka utraty określonych środków pieniężnych.

Zamawiający słusznie wskazał, że wyodrębnienie w SIWZ składowych ceny w podpunkcie 1.4 powinno być powiązane z faktycznym zakresem świadczenia wykonawcy, jednak - i tu Zamawiający czyni założenie całkowicie błędne - świadczenie w postaci opłat rezerwacyjnych będzie poniesione przez wykonawcę pomimo tego, że kilku uczestników nie weźmie udziału w wizycie. Zatem świadczenie w postaci opłat rezerwacyjnych nie powinno być ujęte w podpunkcie 1.4.

Nieprawdą jest, że jak wskazuje Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty, liczba osób zgłoszonych ma marginalny wpływ na wynagrodzenie należne wykonawcy. Jak wyjaśniano powyżej, gdyby wykonawca ujął całość kosztów, w tym opłat rezerwacyjnych w podpozycji 1.4, to Zamawiający dokonywałby potrącenia od wyższej ceny całkowitej. Matematycznie w przypadku rezygnacji części uczestników skutek byłby tożsamy cenowo. Jednak w przypadku wzięcia udziału w wizycie wszystkich uczestników, Zamawiający zapłaciłby wyższą cenę.

Odwołujący wskazał, że nie może być mowy o dopuszczeniu się przez niego czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie wykazał niezgodności działania Odwołującego z prawem, SIWZ ani z dobrymi obyczajami. Stanowisko Zamawiającego wynika prawdopodobnie z braku dogłębnej analizy treści SIWZ braku rozeznania w realiach rynku rezerwacji miejsc zakwaterowania (w tym odnośnie ryzyk utraty opłat rezerwacyjnych) oraz z brakiem zweryfikowania matematycznego wyniku dla też zawartych w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

Odwołujący wskazał również, że w przypadku uwzględnienia zarzutu dotyczącego bezprawnego i bezpodstawnego odrzucenia oferty wykonawcy, zasadnym staje się zarzut dotyczący bezprawności unieważnienia postępowania, jako że pozostanie w postępowaniu ważna oferta Odwołującego, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający, pismem z dnia 3 kwietnia 2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, w wysokości wskazanej

w przedłożonym na rozprawie rachunku. Zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodów na okoliczność złożenia przez Odwołującego oferty, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r. poz. 419, ze zm.) z dokumentacji postępowania, w tym:

- 1) oferty Odwołującego;
- 2) wyjaśnień Odwołującego z 7 marca 2019 r.;
- 3) protokołu komisji przetargowej z 4 marca 2019 r., w tym z załączonych do niego wydruków stron internetowych;
- 4) wiadomości e-mail z dnia 27 lutego 2019 r. od pani R. S. (w załączeniu).

Zamawiający wskazał, że obowiązany był normą z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, do odrzucenia oferty Odwołującego. Wyjaśnił, że Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, w tym opis zamówienia i istotne postanowienia umowy dla części I (IPU), przewidywały,

że wykonawca świadczyć będzie na rzecz Zamawiającego usługi związane z organizacją w Danii wizyt studyjnych dla kadry zarządzającej i administracyjnej polskich uczelni w czołowych europejskich uczelniach zagranicznych w ramach projektu POWER. Zamawiający wymagał zapewnienia przez wykonawcę zarówno realizacji programu merytorycznego wizyt studyjnych (przeprowadzenie szkolenia merytorycznego oraz zapewnienie materiałów szkoleniowych dla uczestników wizyt) na spełniających określone wymagania uczelniach oraz przy spełnieniu wskazanych wymagań organizacyjnych, jak również zapewnienia zakwaterowania, wyżywienia oraz transportu dla uczestników wizyt studyjnych w określonym zakresie i standardzie.

W ofercie wykonawca obowiązany był wskazać cenę, rozumianą jako wynagrodzenie należne mu z tytułu prawidłowego wykonania całości zamówienia w maksymalnym zakresie (świadczenia usługi przy maksymalnej liczbie grup we wszystkich zakładanych wizytach studyjnych, wynoszącej do 15 osób), a także zobowiązany był wyodrębnić składową tak rozumianej ceny w postaci kosztu za jednego uczestnika wizyty studyjnej (koszty usług organizacyjnych). Koszt ten wyodrębniony był w formularzu ofertowym. Ten sam koszt odzwierciedlony był także w § 4 ust. 2 pkt 2 IPU. Konstrukcja IPU zakłada, że wynagrodzenie należne wykonawcy zależne będzie od faktycznego zakresu jego świadczenia — powiązane będzie z liczbą uczestników wizyty studyjnej wskazaną na ostatecznej liście uczestników oraz informacją o konieczności zapewnienia transportu dla osoby niepełnosprawnej ruchowo (por. § 2 ust. 4 IPU). W przypadku, gdyby w wizycie studyjnej miało wziąć udział mniej, niż 15 osób, wynagrodzenie w łącznej i maksymalnej kwocie, o jakiej mowa w § 4 ust. 2 IPU ma zostać pomniejszone o kwotę przewidzianą w § 4 ust. 2 pkt 2 IPU za każdą osobę nie biorącą udziału w wizycie studyjnej — za każdą osobę poniżej liczby 15. Wynagrodzenie w łącznej i maksymalnej kwocie, o jakiej mowa w § 4 ust. 2 IPU ma też zostać pomniejszone o kwotę przewidzianą za zapewnienie transportu dla osoby niepełnosprawnej ruchowo, wskazaną w § 4 ust. 2 pkt 3 IPU, jeżeli Zamawiający nie wskaże konieczności zapewnienia takiego transportu. Jednocześnie IPU gwarantuje wykonawcy minimalny poziom wynagrodzenia; wynagrodzenie w łącznej i maksymalnej kwocie, o jakiej mowa w § 4 ust. 2 IPU, nawet gdyby w wizycie studyjnej miało wziąć udział mniej niż 10 osób, nie zostanie pomniejszone poniżej poziomu, jaki byłby należny wykonawcy w przypadku udziału w wizycie studyjnej 10 osób.

Postanowienia SIWZ zostały skonstruowane w taki sposób, aby wyważyć interesy stron — aby Zamawiający nie ponosił kosztów niewspółmiernych do faktycznego zakresu świadczenia wykonawcy, a jednocześnie wykonawca miał możliwość skonstruowania oferty

w taki sposób, aby wynagrodzenie ustalone zgodnie z § 4 ust. 4 IPU gwarantowało mu rentowność wykonania zamówienia, niezależnie od liczby uczestników wizyty studyjnej. Założeniem takiej konstrukcji była względna stałość kosztu realizacji programu merytorycznego wizyt studyjnych — zapewnienie 5 dni zajęć merytorycznych niezależnie od liczby uczestników — oraz istotna zmienność kosztów zakwaterowania i wyżywienia uczestników — wprost i bezpośrednio związana z ich liczbą.

Zamawiający zauważył, że dopiero po zawarciu umowy przewidywał prowadzenie naboru osób do udziału w wizytach studyjnych. Stąd zastrzeżenie dotyczące minimalnego okresu między zawarciem umowy, a rozpoczęciem wizyt (§ 2 ust. 3 IPU).

Wynagrodzenie, jakie ma być należne za jednego uczestnika wizyty studyjnej mogło zostać przez wykonawcę skalkulowane w sposób w zasadzie dowolny, z zastrzeżeniami przedstawionymi poniżej. Wynagrodzenie to z definicji (z konieczności logicznej) nie mogło obejmować elementów kosztów wykonania części merytorycznej wizyty studyjnej ani zapewnienia transportu dla osoby niepełnosprawnej ruchowo, gdyż te miały zostać pokryte wynagrodzeniem odpowiednio za wykonanie części merytorycznej oraz za zapewnienie transportu dla osoby niepełnosprawnej ruchowo. Mogło ono obejmować inne koszty związane z organizacją wizyty studyjnej, jednak wyłącznie takie, na które ma mieć wpływ liczba uczestników wizyty (np. koszty materiałów szkoleniowych). Podkreślić w tym miejscu należy, że im wyższe wykonawca wskazał w ofercie wynagrodzenie, jakie ma być należne za jednego uczestnika wizyty studyjnej (koszty usług organizacyjnych) tym bardziej wynagrodzenie należne mu za wykonanie umowy stawało się zmienne — zmienne potencjalnie na niekorzyść wykonawcy; i odwrotnie im będzie ono niższe tym bardziej stabilne będzie wynagrodzenie wykonawcy należne zgodnie z umową — stabilne na korzyść wykonawcy, gdyż bliższe wynagrodzeniu w łącznej i maksymalnej wysokości (§ 4 ust. 2 IPU). Wynagrodzenie za jednego uczestnika (koszty usług organizacyjnych) musiało być odniesione do kosztów zapewnienia jednej osobie co najmniej noclegów i wyżywienia, zgodnie z wymaganiami SIWZ. Nawet bowiem przyjmując, że wszystkie inne koszty poniesione przez wykonawcę na wykonanie usługi są stałe (niezależnie od liczby uczestników), to niewątpliwie zależne od liczby uczestników są koszty zakwaterowania i wyżywienia. Zatem minimalny poziom, na jakim mogła zostać skalkulowana i ustalona przez wykonawcę kwota należna mu za zapewnienie jednemu uczestnikowi noclegów i wyżywienia kwota stanowiąca zasadniczo przewidywany wydatek wykonawcy związany z zapewnieniem tych świadczeń — koszt poniesiony na zakup tych świadczeń in situ — w miejscu wizyty studyjnej w Danii.

Odwolujący argumentuje na rzecz tezy o niewystarczającej precyzji SIWZ, mającej rzekomo pozwolić wykonawcy

na inne, niż wyżej przedstawione rozumienie pojęć użytych

w SIWZ — w Lp. 1.4. formularza oferty oraz w § 4 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 IPU. Argumentacja ta jest jednak z gruntu chybiona. Przy Lp. 1 formularza ofertowego wskazano, że w pozycji tej należy wskazać całkowity koszt jednej wizyty studyjnej dla 15 osób (a więc dla maksymalnej liczby uczestników); dodatkowo w nawiasie objaśnione zostało, że na tę pozycję składać się mają (jako suma) wartości z Lp. 1.1., Lp. 1.2. oraz Lp. 1.3. Dalej, po Lp. 1 użyto sformułowania „w tym”, które dodatkowo, i ponad wszelką wątpliwość, wskazuje, że wartości z dalszych pozycji (pozycji 1.1. — 1.3.) stanowią składowe wartości z pozycji Lp. 1. Formularza ofertowego. Po pozycji Lp. 1.3. znowu użyto sformułowania „w tym”, oraz w opisie pozycji z Lp. 1.4. „Koszt za jednego uczestnika wizyty studyjnej”, w nawiasie wskazano jednoznacznie, że chodzi o iloraz wartości z pozycji Lp. 1.2. i liczby 15 (maksymalnej ilości uczestników wizyty). Koniecznym jest wskazanie w tym miejscu, że w opisie dzielnej tego działania arytmetycznego mowa jest o „całkowitym koszcie usług organizacyjnych 1 wizyty studyjnej dla 15 osób” zaś dzielną jest właśnie liczba 15. W konsekwencji ilorazem może być wyłącznie kwota dotycząca kosztu usług organizacyjnych za jednego uczestnika wizyty studyjnej. Nawias, w którym przedstawiono wzór działania matematycznego oznaczony został dodatkowo „jedną gwiazdką” — odesłaniem do IPU ze wskazaniem, że koszty z tej pozycji są niezbędne do ostatecznego rozliczenia z wykonawcą. Z żadnego postanowienia SIWZ nie da się w sposób logiczny wyprowadzić wniosku, że w pozycji Lp. 1.4 wykonawca miał wskazać, jakie koszty on sam poniesie (jaką kwotę utraci bezpowrotnie, wydatkuje) w przypadku nie wzięcia udziału w wizycie przez maksymalną liczbę osób — jaki koszt” poniesie w związku z nie wzięciem udziału w wizycie przez jedną osobę. Pojęcie „koszt” jest używane w formularzu ofertowym konsekwentnie jako odniesione bądź do ceny jako całości (Cześć I przedmiotu zamówienia Cena oferty, tj. całkowity koszt 4 wizyt studyjnych dla łącznie 60 osób (Lp. 1 x 4 wizyty studyjne) bądź do składowych ceny pozycje Lp. 1 (wartość jednej wizyty), pozycje Lp. 1.1. — 1.4. (wartości poszczególnych składowych ceny każdej z wizyt, z których składowa z pozycji Lp. 1.4. jest potencjalnie rzutuującą na wynagrodzenie należne wykonawcy, zgodnie z IPU (§ 4 ust. 4).

Pojęcie „koszt” występujące w Formularzu ofertowym odniesione jest niewątpliwie do kosztu ponoszonego przez Zamawiającego, w ramach ceny — w ramach należnego wykonawcy wynagrodzenia. W żadnym razie SIWZ nie daje podstaw do przyjęcia, że „Koszt za jednego uczestnika wizyty studyjnej (Lp.1.2/15 osób)” to koszt obciążający ekonomicznie wykonawcę — koszt konieczny do poniesienia przez wykonawcę w przypadku zmniejszenia liczby uczestników wizyty studyjnej poniżej 15 osób. Wprost przeciwnie — wobec nie wzięcia przez 1 osobę udziału w wizycie studyjnej tego kosztu wykonawca właśnie nie poniesie.

Zabieg erystyczny zastosowany przez Odwołującego w wyjaśnieniach i odwołaniu polega na:

- 1)wypaczeniu znaczenia pojęcia „koszt”; w odwołaniu pojęcie to jest odnoszone do kosztu po stronie wykonawcy — kosztu, jaki obciążać będzie wykonawcę w przypadku wzięcia udziału w wizycie przez mniejszą liczbę osób, niż liczba maksymalna (np. 10 osób zamiast 15 osób);
- 2)nieuzasadnionym przyjęciu, że koszt rozumiany tak, jak przedstawiony w pkt. 1 w ogóle wystąpi.

Ad pkt. 1)

Optymalizacja kosztów wykonania zamówienia pozostaje w gestii wykonawcy. O ile wykonawca jest w stanie inaczej wykazać, że zaferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, a także, że złożenie oferty z określoną dystrybucją składowych ceny nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, nie musi ujawniać jakie koszty planuje ponieść w związku z wykonaniem zamówienia. Optymalizacja kosztów stanowi jeden z najistotniejszych elementów tzw. know how przedsiębiorcy — jego atut na konkurencyjnym rynku. Zamawiający nie może żądać od wykonawcy wykazywania, jakie koszty ten przewiduje w związku z planowanym wykonaniem zamówienia. Wykonawca wezwany do wykazania, że zaferowana przez niego cena nie jest rażąco niska lub — że złożenie przez niego oferty z określoną dystrybucją składowych ceny nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji może oczywiście argumentować w każdy logicznie i merytorycznie uzasadniony sposób; w praktyce zwykle jednak odwołuje się do przewidywanych, uzasadnionych kosztów wykonania zamówienia.

W okolicznościach sprawy Zamawiający powziął wątpliwości co do tego, czy złożenie przez Odwołującego oferty z taką dystrybucją składowych ceny (ze składową z pozycji Lp. 1.4. oferty) nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający powziął uzasadnioną wątpliwość, czy za 1 333,33 zł można zapewnić w Aalborg w Danii 6 noclegów w hotelu o standardzie co najmniej trzygwiazdkowym oraz całodzienne wyżywienie (zgodnie z SIWZ) dla jednej osoby. Rozeznanie przeprowadzone przez Zamawiającego, potwierdzone wydrukami załączonymi do protokołu komisji przetargowej z 4 marca 2019 r., taką wątpliwość uzasadniało. Powyższa wątpliwość korelowała z sygnałami przekazanymi Zamawiającemu w wiadomości e-mail z dnia 27 lutego 2019 r. od pani R. S..

Odwołujący, w swoich wyjaśnieniach z 7 marca 2019 r. potwierdził ponad wszelką wątpliwość, że na zapewnienie noclegu dla jednej osoby musi in situ przeznaczyć 2 666,66 zł, zaś kwota 1 333,33 zł stanowi „około 50% kosztów” (por. str. 3 wyjaśnień z 7 marca 2019 r.). W ocenie Zamawiającego, popartej rozeznaniem już samych cen noclegów w

hotelach

w Aalborg w Danii, wykluczona jest możliwość zapewnienia 6 noclegów i wyżywienia, w standardzie wymaganym SIWZ, w ramach kwoty 1 333,33 zł. Ostatnio wskazana kwota nie może zatem stanowić kosztu usług organizacyjnych dla jednego uczestnika.

Ad pkt 2)

Zamawiający dodatkowo wyjaśnił, że „koszt” w rozumieniu, w jakim pojęciem tym posługuje się Odwołujący w odwołaniu, w ogóle nie musi po jego stronie wystąpić — jego zaistnienie jest wyłącznie hipotezą. Wykonawca obowiązany jest wykonywać zamówienie zgodnie z umową, która zawarta ma zostać na podstawie IPU. Postanowienia IPU przesądzają, że o terminach odbywania wizyt studyjnych wykonawca zawiadomi Zamawiającego w terminie 7 dni od zawarcia umowy (§ 2 ust. 3). Żadne z postanowień IPU nie nakłada na wykonawcę obowiązku dokonywania wcześniejszych rezerwacji w hotelach czy obiektach gastronomicznych ani, tym bardziej, obowiązku zaliczkowania noclegów lub wyżywienia (ponoszenia opłat rezerwacyjnych). Nie jest zatem przesądzone, że wykonawca poniesie jakiegokolwiek koszt rezerwacji, w żadnym zaś razie — że koszty takie miały ponieść w wykonaniu umowy. Zarówno w swoich wyjaśnieniach, jak i w odwołaniu, Odwołujący w sposób nieumotywowany traktuje poniesienie takiego kosztu jako pewnik.

Określenie przez wykonawcę składowej ceny z pozycji Lp. 1.4 Formularza ofertowego może wpływać na wysokość należnego mu wynagrodzenia; wartość ta jest bowiem ważąca przy ustalaniu wynagrodzenia zgodnie z § 4 ust. 4 IPU. Wykonawca, zmierzając do maksymalizacji wynagrodzenia należnego mu bez względu na liczbę uczestników wizyty studyjnej, będzie dążył do określenia tej składowej na możliwie najniższym poziomie. Nie spotka się przy tym z reakcją Zamawiającego tak długo, jak długo dokonana przez niego dystrybucja składowych ceny nie doprowadzi do możliwości pokrzywdzenia Zamawiającego — nie będzie zagrażała interesowi Zamawiającego, jako klienta (por. art. 3 ust. 1 uznk). Momentem, w którym następuje możliwość pokrzywdzenia Zamawiającego jest moment zejścia składowej z pozycji 1.4. Formularza ofertowego poniżej rzeczywistych kosztów zapewnienia jednemu uczestnikowi wizyty studyjnej co najmniej 6 noclegów i całodziennego wyżywienia, zgodnie z wymaganiami SIWZ. W okolicznościach sprawy sam Odwołujący przyznaje, że kwota 1 333,33 zł nie jest wystarczająca na pokrycie przez niego kosztu tych świadczeń in situ; wskazuje, że jest to kwota dwukrotnie wyższa (co najmniej). Odwołujący w swoim odwołaniu wskazuje jednoznacznie, że „część kosztów związanych z zapewnieniem noclegów/ zakwaterowania/ wyżywienia (opłata rezerwacyjna) nie powinny zostać ujęte w pozycji 1.4. formularza oferty” a jego zdaniem, powinny one zostać i „zostały ujęte w pozycji nr 1.1. — Całkowity koszt części merytorycznej”. Tym samym Odwołujący przyznał, że w wartości z pozycji Lp. 1.4 Formularza nie uwzględnił wszystkich wydatków, jakie musiałby ponieść na zapewnienie świadczenia zgodnego z SIWZ. Kształtując w taki sposób treść oferty Odwołujący wykroczył poza ramy swobody dopuszczone przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.” Potencjalnym klientem wykonawcy jest Zamawiający. Złożenie przez wykonawcę oferty, której treść kształtowałaby umowę o zamówienie publiczne w sposób niekorzystny dla Zamawiającego — w sposób zagrażający jego interesowi — stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę, w której do kosztów wykonania części merytorycznej zamówienia zaliczył znaczną część kosztów bezpośrednio i wyłącznie związanych z zapewnieniem uczestnikom wizyt studyjnych, co najmniej noclegów i wyżywienia zgodnie z SIWZ, co sam jednoznacznie przyznał i w wyjaśnieniach, i w odwołaniu.

Orzecznictwo sądów powszechnych, Sądu Najwyższego oraz Krajowej Izby Odwoławczej, dotyczące kwalifikowania złożenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji, odnosi się w głównej mierze do sytuacji, w których wykonawcy, poprzez oferowanie składowych ceny (cen jednostkowych, komponentów cenowych) na poziomie oderwanym od realiów, w tym w szczególności na ich zaniżaniu, dążą do uzyskania uprzywilejowania przy ocenie ofert, tym samym zaburzając konkurencję i naruszając interesy innych przedsiębiorców. W niniejszej sprawie działanie Odwołującego, wyrażające się w złożeniu w postępowaniu oferty z zaniżoną składową ceny, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji ze względu na spowodowanie zagrożenia dla interesu Zamawiającego, jako klienta. Kontrowersyjna składowa ceny jest oderwana od realiów gospodarczych, od kosztu, jaki obiektywnie musiałby ponieść Odwołujący na zapewnienie świadczeń co najmniej noclegu oraz całodziennego wyżywienia dla jednego uczestnika wizyty studyjnej in situ. Składowa ta wpływać może jednocześnie na wynagrodzenie Odwołującego. W przypadku zawarcia umowy z Odwołującym jego sytuacja względem Zamawiającego zostałaby ukształtowana w sposób bardziej korzystny, niż sytuacja wykonawcy, który w swojej ofercie określił tę samą składową w sposób rzetelny — na poziomie co najmniej odpowiadającym kosztowi zakupu niezbędnych świadczeń na miejscu (por. wyrok KIO z 17 października 2016 r.; sygn. akt KIO 1823/16).

W przypadku, gdyby w wizycie studyjnej wzięło udział mniej niż 15 osób, wynagrodzenie należne Odwołującemu

obniżane byłoby o kwotę nie mającą wiele wspólnego z rzeczywistymi kosztami spełnienia świadczenia — zamiast o co najmniej 2 666,66 zł (rzeczywisty minimalny koszt noclegu wskazywany przez Odwołującego) obniżane byłoby o 1 333,33 zł za każdą osobę nie biorącą udziału w wizycie studyjnej. Tym samym, kosztem Zamawiającego, Odwołujący uzyskiwałby nieuzasadnione przysporzenie w kwocie co najmniej 1 333,33 zł za każdą osobę nie uczestniczącą w wizycie studyjnej. Zamawiający, jako dysponent środków publicznych, obowiązany jest do wydatkowania ich w sposób celowy i gospodarny. Ukształtowanie stosunku prawnego na podstawie oferty Odwołującego godziłoby nie tylko w dobro, jakim jest uczciwa konkurencja ale naruszałoby interes publiczny, stwarzając sytuację mogącą skutkować nieuzasadnionym zwiększeniem wydatków publicznych oraz nieuzasadnionym przysporzeniem po stronie Odwołującego. Zaznaczyć w tym miejscu należy, że do zakwalifikowania złożenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji wystarcza samo spowodowanie tym działaniem możliwości naruszenia interesu Zamawiającego, jako klienta — wystarczy stworzenie stanu zagrożenia dla tego interesu. Taka sytuacja zagrożenia wystąpiła; Zamawiający obowiązany był zatem postąpić w sposób nakazany art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W stanie faktycznym sprawy zastosowanie instytucji odrzucenia oferty Odwołującego było nie tylko środkiem sprzyjającym uczciwej konkurencji, ale także środkiem ochrony przed nieuzasadnionym wydatkowaniem środków publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp. Uwzględnienie odwołania

i przywrócenie oferty Odwołującego do postępowania skutkowałoby koniecznością unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji powtórzeniem czynności badania i oceny oferty Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Przedmiotem zamówienia jest organizacja wizyt studyjnych dla kadry zarządzającej i administracyjnej polskich uczelni w czołowych europejskich uczelniach zagranicznych w ramach projektu Programu Operacyjnego Wiedza Edukacja Rozwój pn. „Liderzy w zarządzaniu uczelniami”, w tym część I zamówienia – Dania (4 wizyty studyjne). Zamówienie zostało podzielone na 5 części.

W zakresie części I zamówienia wpłynęły do Zamawiającego 3 oferty, w tym oferta złożona przez Odwołującego. Oferta złożona przez wykonawcę GMSYNERGY Sp. z o.o. Sp. Komandytowa z siedzibą w Rzgowie oraz oferta złożona przez wykonawcę BIURO TURYSTYCZNE UNIVERS z siedzibą w Łodzi zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt Pzp, w wyniku stwierdzenia przez Zamawiającego, że treść ww. ofert nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W przypadku oferty Odwołującego, pismem z dnia 4 marca 2019 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp i rozdziału XVII ust 2 pkt 1 SIWZ, w tym do złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty za realizację przedmiotu zamówienia w zakresie części I (Dania), w związku z powzięciem wątpliwości co do przyjętego przez Odwołującego kosztu za jeden dzień pobytu jednego uczestnika (w zakresie pozycji 1.4 Formularza oferty) w wysokości 222,22 zł, podczas gdy według szacunków Zamawiającego ten koszt powinien wynosić średnio około 400,00 zł. Zamawiający sformułował wezwanie do wyjaśnienia kosztu wskazanego w poz. 1.4 Formularza oferty, wskazując, że „Z przedstawionych wyjaśnień powinno wynikać, czy zaoferowany koszt za jednego uczestnika wizyty studyjnej obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotowego zakresu zamówienia, a także, że nie jest ustalony poniżej cen rynkowych za tego typu usługi w Danii.”

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 8 marca 2019 r. Odwołujący wyjaśnił, że: „(...) pozycja 1.4 formularza ofertowego zgodnie z treścią SIWZ (tj. załącznika nr 5 do SIWZ) zawiera znaczek gwiazdki (*) i wyjaśnienie, że obejmuje ona: koszty niezbędne do ostatecznego rozliczenia z Wykonawcą, zgodnie z zapisami w IPU stanowiącymi załącznik nr 2 do SIWZ.”

Uwzględniając postanowienie §4 ust. 4 IPU, zdaniem Odwołującego „w tej pozycji należy wskazać wyłącznie koszty, których wykonawca nie poniesie w związku z realizacją zamówienia i dlatego Zamawiający będzie mógł je odliczyć od ceny całkowitej”.

Odwołujący podniósł, że z żadnego postanowienia SIWZ nie wynika, że koszt całości noclegu i wyżywienia powinien być ujęty w pozycji 1.4 Formularza oferty. W ocenie wykonawcy, „w tej pozycji należało wskazać wyłącznie koszt uczestnictwa osoby w wizycie studyjnej, jakiego ATUT nie poniesie w przypadku braku wzięcia udziału w wizycie studyjnej takiego uczestnika”. Odwołujący wyjaśnił, że „założona w pkt 1.4 kwota kosztów, których ATUT nie poniesie, odpowiada warunkom rynkowym i wyłącznie ta kwota może zostać przedstawiona do potrącenia w przeliczeniu na osobę, która nie weźmie ostatecznie udziału w wizycie studyjnej. Pozostała kwota (ryzyko utraty opłaty rezerwacyjnej) wynosi na osobę/za 6 nocy wg szacunków ATUT 1 333,33 zł i została ujęta w pozycji nr 1.1 formularza oferty. ATUT oszacował zatem w pkt 1.1 formularza oferty ryzyko utraty kosztów na uczestnika na około 50% kosztów. Oznacza to, że całość tych kosztów na uczestnika wynosi 2 666,66 zł i jest spójne z kosztami, które wskazuje Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień. Koszty te są rozdzielone na pozycję 1.1 oraz 1.4 formularza oferty.”

Odwołujący podkreślił, że „w prawidłowy i zgodny z SIWZ sposób określił cenę w pozycji 1.4 oferty, tj. wyłączył z niej wszelkie straty/koszty powstałe w wyniku rezygnacji części uczestników wizyt studyjnych a także w przypadku zmian terminów tych wizyt z uwagi na procedurę określoną w §3 IPU.”

Jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiającyw OPZ (załącznik nr 1 do SIWZ) dokonał opisu świadczeń objętych przedmiotem zamówienia (np. realizacja programu merytorycznego wizyty, materiały szkoleniowe, wymagania organizacyjne, zakwaterowanie, wyżywienie, transport itp.), które wykonawca powinien odnieść do poszczególnych punktów Formularza oferty.

W rozdziale XV SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny oferty Zamawiający określił wymogi dotyczące ceny oferty brutto. Wskazał, że cenę całkowitą oferty należy skalkulować tak, aby obejmowała wszystkie koszty, nakłady i wydatki, jakie zamawiający poniesie na realizację zamówienia przez wykonawcę.

Zamawiający w Formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ zawarł tabelę do wypełnienia przez wykonawcę zawierającą wyszczególnienie kosztów wizyt studyjnych w pięciu pozycjach:

1. Całkowity koszt 1 wizyty studyjnej dla 15 osób (Lp.1+Lp.1.2+Lp. 1.3),

w tym:

1.1 Całkowity koszt części merytorycznej 1 wizyty studyjnej dla 15 osób

1.2 Całkowity koszt usług organizacyjnych 1 wizyty studyjnej dla 15 osób

1.3 Koszt zapewnienia transportu dla osoby niepełnosprawnej ruchowo podczas 1 wizyty studyjnej

w tym:

1.4 Koszt za jednego uczestnika wizyty studyjnej

(Lp.1.2/15 osób)

Na wstępie należy wskazać, że treść SIWZ w zakresie sposobu sformułowania Formularza oferty nie budziła wątpliwości wykonawców na etapie wyjaśnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Żaden z wykonawców nie wniósł odwołania wobec postanowień SIWZ, wobec czego treść Specyfikacji stała się wiążąca zarówno dla wykonawców, jak i dla Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert.

Z treści Formularza oferty, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, wynika jednoznacznie, że Zamawiający wymagał określenia w tym dokumencie ceny za realizację przedmiotu zamówienia w postaci 1 wizyty studyjnej w poz. 1, dla której wyraźnie określił poszczególne elementy składowe – tj. sposób obliczenia tej ceny. W opisie tej pozycji w nawiasie Zamawiający wskazał sumę trzech pozycji zawartych w tabeli poniżej pozycji nr 1, tj. lp.1.1, lp.1.2 i lp.1.3.

Z jednoznacznego opisu ww. tabeli i poszczególnych jej pozycji wynika, że w podpozycji 1.4 należało określić koszt wizyty studyjnej na jednego uczestnika (m.in. zakwaterowanie, wyżywienie), który jest związany ze stroną organizacyjną udziału danej osoby w wizycie studyjnej. Odpowiednią kwotę kosztu organizacyjnego jednostkowego na uczestnika należało obliczyć - dzieląc wartość podaną w pozycji 1.2 przez 15 (zakładana liczba uczestników wizyty studyjnej). W podpozycji 1.4 należało ująć zatem wszystkie koszty związane z organizacją wizyty przypadającą na jednego uczestnika (jednostkowe koszty zmienne – zakwaterowanie, wyżywienie, itp. – nieujęte w pozycji 1.1 obejmujących koszt części merytorycznej wizyty).

Wskazać należy, że pozycja 1.4 została oznaczona przypisem, iż „koszty niezbędne do ostatecznego rozliczenia z Wykonawcą, zgodnie z zapisami w IPU stanowiącymi załącznik nr 2 do SIWZ”.

Odwołujący podnosił, że zgodnie z literalną treścią Formularza oferty, w pozycji 1.4 należało ująć „wyłącznie koszty, które są niezbędne do rozliczenia z wykonawcą, tj. koszty, których wykonawca nie poniesie w związku z rezygnacją danego uczestnika.”, stosownie do postanowienia §4 ust. 4 IPU, zgodnie z którym, ostateczna kwota, jaka będzie przysługiwała Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy zależy od liczby uczestników wskazanej na ostatecznej liście uczestników, z zastrzeżeniem iż w przypadku uczestnictwa w wizycie studyjnej mniejszej liczby osób niż liczby wskazane w §1 ust. 1 umowy, kwota wynagrodzenia wskazana w ust. 2 zd. 2 zostanie obniżona o kwotę za każdego uczestnika niebiorącego udziału w wizycie studyjnej.

W ocenie Izby, nie można zgodzić się z powyższym stanowiskiem. Przywołane wyżej postanowienia SIWZ (w

tym IPU) wskazują, że w pozycji 1.4 Formularza oferty należało wskazać koszt, który zostanie odliczony od kwoty należnej wykonawcy za realizację wizyty studyjnej, a który będzie wynikał ze zmniejszenia liczby uczestników danej wizyty, jednak jest tu mowa o koszcie ponoszonym przez Zamawiającego, a nie o koszcie ponoszonym przez wykonawcę. Izba nie podzieliła stanowiska Odwoływającego, że z żadnego postanowienia SIWZ nie wynika, że koszt całości noclegu i wyżywienia (na jedną osobę) powinien być ujęty w pozycji 1.4. Formularza oferty. W IPU nie ma bowiem żadnej regulacji, która wskazywałaby, że w tej pozycji należało wskazać wyłącznie koszt uczestnictwa osoby w wizycie studyjnej, którego wykonawca nie poniesie w przypadku braku wzięcia udziału w wizycie studyjnej mniejszej liczby osób niż zakładane 15 osób.

Powyższe oznacza, że w pozycji 1.2 i konsekwentnie w pozycji 1.4 Formularza oferty (obliczonej na jednego uczestnika) wykonawca powinien ująć wszystkie koszty związane z zapewnieniem noclegów/zakwaterowania/wyżywienia (w tym również opłaty rezerwacyjnej) dla uczestników wizyty studyjnej.

W świetle opisu pozycji Formularza oferty i postanowień IPU nie było podstaw do przyjęcia przez wykonawcę, że koszty opłaty rezerwacyjnej na jednego uczestnika należało ująć w pozycji nr 1.1 - Całkowity koszt części merytorycznej. Po pierwsze, zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, nie można przyjąć, że opłata rezerwacyjna stanowi koszt „części merytorycznej” wizyty studyjnej. Po drugie, w świetle postanowień SIWZ nie było żadnej podstawy do rozdzielenia całkowitego kosztu organizacyjnego za jednego uczestnika, o której mowa w poz. nr 1.4 Formularza oferty na dwie części, tj. na opłatę rezerwacyjną za nocleg i wyżywienie na uczestnika oraz opłatę za nocleg z wyżywieniem, której wykonawca nie poniesie w przypadku rezygnacji przez Zamawiającego na 14 dni przed terminem wizyty studyjnej z danego uczestnika, a z których to części tylko ta druga część podlegałaby wskazaniu w pozycji 1.4, jako koszt jednostkowy organizacyjny na jednego uczestnika. Z pewnością, gdyby takie było założenie Zamawiającego, to zostałoby to wprost wyrażone w opisie pozycji Formularza oferty lub w pozostałych postanowieniach SIWZ (IPU).

Zauważyć należy również, że Odwoływający, powołując się na koszty rezerwacji miejsc dla określonej liczby uczestników nie wykazał, że wynoszą one 50% kosztów pobytu. Odwoływający nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie przyjętej tezy. Odwoływający sam wskazywał w odwołaniu, że w przypadku rezerwacji miejsc przez Odwoływającego na 4 miesiące przed terminem wizyty, jeśli Zamawiający zrezygnuje z uczestnictwa części osób na 14 dni przed planowanymi wizytami lub dokonana zmiany terminu wizyt w okresie do 31 maja 2018 r. (np. z marca na maj 2019 r.), to Odwoływający „może utracić” poniesioną opłatę rezerwacyjną. Odwoływający ponadto wskazywał, że „wiedzą powszechną jest, że znaczna część hoteli pobiera opłatę rezerwacyjną, która stanowi część ceny za noc na gościa hotelowego (por. przykładowo sposoby rezerwacji hoteli w ramach renomowanego portalu). W przypadku rezygnacji w ciągu ostatnich 14 dni przed planowaną wizytą w hotelu przepada bardzo często znaczna część ceny za pokój hotelowy.” Powyższe potwierdza, że opłata rezerwacyjna nie jest określona w sposób sztywny ani pewny. Wiarygodne uzasadnienie co do przyjęcia przez wykonawcę tej wartości na poziomie 50% w każdym przypadku (średnio) nie zostało przez Odwoływającego wykazane ani w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu, ani w postępowaniu odwoławczym.

W świetle postanowień SIWZ, kwota oszacowana przez Odwoływającego z tytułu ryzyka utraty opłaty rezerwacyjnej, wynosząca na osobę/za 6 dni pobytu - 1 333,33 zł - nie mogła być przeniesiona do pozycji nr 1.1 Formularza oferty. Kwota ta została natomiast odjęta przez Odwoływającego od kosztów z pozycji 1.4 Formularza oferty i w sposób nieuprawniony i niezgodny z SIWZ przeniesiona do pozycji 1.1., co wynika z wyjaśnień Odwoływającego z dnia 4 marca 2019 r. podtrzymanych w postępowaniu odwoławczym.

Odnosząc się do argumentacji Odwoływającego zawartej w odwołaniu, Izba wskazuje, że z punktu widzenia zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji nie ma istotnego znaczenia fakt, że cena oferty brutto, podlegająca ocenie w ramach kryteriów oceny ofert określonych w tym postępowaniu, nie uległaby zmianie „więc wskazanie w pozycji 1.4 wyższej ceny nie miało żadnego wpływu na wynik postępowania”. Wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 Pzp należy bowiem odnosić do stwierdzonego w postępowaniu odwoławczym naruszenia przepisu ustawy Pzp. W niniejszym postępowaniu badaniu podlegał zatem wpływ ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp na wynik postępowania, co w świetle ustalonego stanu sprawy nie potwierdziło się.

Zgodnie z §5 ust 7 IPU, Zamawiający przewidział zwrot udokumentowanych utraconych kosztów w przypadku okoliczności uniemożliwiających realizację wizyty studyjnej w terminie do 31 maja 2019 r. (termin wskazany w §2 ust. 1 umowy) lub gdy zgodnie z §5 ust. 10 IPU dojdzie do odstąpienia od umowy. Zatem, zgodnie z IPU, jeśli wizyta się odbędzie w terminie do 31 maja 2019 r., a Zamawiający wskaże na 14 dni przed terminem, że część uczestników nie weźmie w niej udziału, to zwrotu kosztów na takiego uczestnika nie będzie. Z powyższego wynika, że wykonawca powinien wkalkulować ten koszt stanowiący *de facto* ryzyko utraty opłaty rezerwacyjnej w cenie oferty, w pozycji 1.2 Formularza ofertowego. Przeniesienie przez Odwoływającego wprost części tych kosztów z pozycji 1.4 (a tym samym pośrednio z pozycji 1.2) do pozycji 1.1 Formularza oferty było nieuprawnione oraz sprzeczne z treścią SIWZ.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia złożone przez Odwoływającego należy wskazać, że Odwoływający zastosował w złożonej ofercie fikcyjne ceny (koszty) jednostkowe, co było wynikiem przerzucenia kosztów pomiędzy pozycjami 1.4

(1.2) do pozycji 1.1 Formularza oferty. Powyższe działanie należy zakwalifikować jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, ponieważ złożona oferta nie odzwierciedla faktycznych składowych kosztów powiązanych z rzeczywistym zakresem zamówienia. Wyodrębnienie w SIWZ składowej ceny oferty w podpunkcie 1.4 powinno być powiązane z faktycznym zakresem świadczenia wykonawcy wraz z ryzykiem poniesienia ewentualnych opłat rezerwacyjnych. Tymczasem wartość elementu ceny oferty wskazana w pozycji 1.4. ustalona została przez Odwołującego na poziomie, który świadczy o jej oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, co przyznał sam Odwołujący, a to narusza interes Zamawiającego jako klienta oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r., poz. 419 z późn. zm.) zwanej dalej „uznk”.

Zgodnie z art 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ponieważ ustawa nie definiuje pojęcia „dobrych obyczajów” należy odnieść się do definicji wypracowanych w toku stosowania tej ustawy. Za adekwatny do rozpatrywanego przypadku można uznać wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 28 czerwca 2007 r. (sygn. akt V ACa 371/07 LEX nr 519282), zgodnie z którym: „Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafalszowane współzawodnictwo”

Jednocześnie sprzeczność działań danego przedsiębiorcy z prawem lub dobrymi obyczajami, aby uznać je za czyn nieuczciwej konkurencji, musi naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta, przy czym jak wskazuje orzecznictwo „dla ustalenia, że działania producenta wypełniają znamiona deliktu opisanego w art. 3 ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie trzeba wykazywać naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta, wystarczy ustalenie, że taka działalność owemu interesowi zagraża (wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 5 października 2006 r., sygn. akt I ACa 1103/06, LEX nr 516585).

W przedmiotowym postępowaniu, wykonawca miał możliwość i powinien był skalkulować w ofercie wszelkie ryzyka, które mogą się wiązać z realizacją danego zamówienia, w tym także ryzyko poniesienia opłaty rezerwacyjnej, co nie pozostaje bez wpływu na wysokość ceny oferty. Nie może tym samym zaniżyć tej ceny, w sposób sztuczny zmniejszając koszt w jednej pozycji (1.4), co ma wpływ na pozycję 1.2, a jednocześnie wbrew postanowieniom SIWZ, przenosić wprost połowę rzeczywistego kosztu tej pozycji do innej pozycji (1.1) Formularza oferty, która powinna obejmować inny rodzaj kosztów. Powyższe naraża Zamawiającego na ponoszenie kosztów niewynikających i nie opartych na rzeczywistym rozliczeniu świadczonych usług.

Zwrócić należy uwagę na fakt, że od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymagana jest staranność profesjonalisty. Przynależność wykonawcy do grona profesjonalistów pociąga za sobą ważne konsekwencje, gdyż od podmiotów, których działania uznaje się za fachowe oczekuje się podwyższonej staranności w realizacji podejmowanych działań. Odwołując się do pojęcia profesjonalizmu w obrocie prawnym i tym samym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, można przytoczyć w związku z treścią art. 14 ustawy Pzp, regulację przepisu art. 355 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), zgodnie z którym, należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Powołany w art. 355 § 2 k.c. poziom wymagań jest wyższy zatem od przeciętnego. Prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania otoczenia co do jego umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania, co należy mieć na uwadze oceniając naruszenie dobrych obyczajów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W orzecznictwie KIO przyjmuje się, że złożenie oferty, zawierającej np. fikcyjne ceny jednostkowe stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk. Podobnie czyn nieuczciwej konkurencji stanowi oferta, w której następuje przerzucenie faktycznych kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi składnikami ceny stanowiącymi podstawę ustalenia wynagrodzenia wykonawcy, tj. gdy koszty realne ponoszone faktycznie w jednej pozycji są przenoszone do innej pozycji.

W danym stanie faktycznym ujęcie przez Odwołującego w pozycji pkt 1.4. oferty tylko części rzeczywistego kosztu na jednego uczestnika oraz przeniesienie tej wartości do pozycji 1.1. oferty, podczas gdy dotyczy ona zupełnie innego rodzaju kosztów, stanowi działanie naruszające dobre obyczaje kupieckie obowiązujące przedsiębiorcę składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jak przyznał sam Odwołujący, rzeczywisty koszt zmienny związany z udziałem w wizycie jednego uczestnika wynosi 2 666,66 zł, zatem złożenie oferty, w której

wskazano kwotę 1 3333,33 zł w tej pozycji wbrew wymaganiom SIWZ w sposób oczywisty narusza interes Zamawiającego, jako odbiorcę danej usługi (klienta).

Nie można się zgodzić z Odwołującym, że ujęcie kosztów w sposób przedstawiony przez Odwołującego ma neutralny charakter dla Zamawiającego, tj. nie zwiększa kosztów realizacji zamówienia. Wynagrodzenie należne wykonawcy, jak słusznie zauważył Zamawiający, w przedmiotowym postępowaniu składa się z kosztu wykonania części merytorycznej wizyty studyjnej, która jest niezmienna – niezależna od liczby uczestników oraz z części zmiennej, związanej w szczególności z zakwaterowaniem i wyżywieniem. Zaniżenie składowej ceny wskazanej w pozycji 1.4 Formularza oferty skutkuje niekorzystnie dla Zamawiającego, gdyż powoduje, że liczba osób zgłoszonych przez Zamawiającego ma marginalny wpływ na wynagrodzenie należne wykonawcy, a poza tym nie odzwierciedla w sposób rzeczywisty udziału poszczególnych kosztów wyodrębnionych przez Zamawiającego w cenie za realizację zamówienia, co ma istotne znaczenie w przypadku podmiotu odpowiedzialnego za wydatkowanie środków publicznych. Jak podkreślał Zamawiający, wyodrębnienie w SIWZ składowych ceny oferty w postaci całkowitego kosztu części merytorycznej, jako składowej stałej i kosztu za jednego uczestnika wizyty studyjnej zabezpieczało interes Zamawiającego, poprzez zwiążanie wynagrodzenia wykonawcy

z faktycznym zakresem świadczenia. W niniejszej sprawie działanie Odwołującego powoduje, że w przypadku zawarcia umowy z Odwołującym w sytuacji, gdyby w wizycie studyjnej wzięło udział mniej niż 15 osób, wynagrodzenie należne Odwołującemu obniżane byłoby o kwotę nie mającą wiele wspólnego z rzeczywistymi kosztami spełnienia świadczenia — zamiast o co najmniej 2 666,66 zł (rzeczywisty minimalny koszt noclegu wskazywany przez Odwołującego) obniżane byłoby o 1 333,33 zł za każdą osobę nie biorącą udziału w wizycie studyjnej. Tym samym, Odwołujący uzyskiwałby nieuzasadnione przysporzenie w kwocie co najmniej 1 333,33 zł za każdą osobę nie uczestniczącą w wizycie studyjnej, kosztem Zamawiającego. Zawarcie umowy z Odwołującym mogłoby godzić w zasady uczciwej konkurencji oraz interes publiczny, poprzez nieuzasadnione zwiększeniem wydatków publicznych. Zaznaczyć w tym miejscu należy, że do wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji wystarcza samo stworzenie stanu zagrożenia dla interesu Zamawiającego, co miało miejsce w tym postępowaniu. Zamawiający miał zatem obowiązek odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania w uwagi na to, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu, a zatem wypełniły się przesłanki unieważnienia postępowania określone w art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W konsekwencji za nieuzasadniony Izba uznała także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

.....