

Sygn. akt: KIO 1556/15

WYROK
z dnia 4 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2015 r. przez **Odwołującego – J. G. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. G. G. Fordewind, ul. Mazurska 6/11, 11-520 Ryn**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, ul. Oczapowskiego 2, 10-719 Olsztyn**,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3 600 zł 00** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:

1

Sygn. akt: KIO 1556/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług konferencyjno-hotelowych na potrzeby konferencji naukowej pt. „Pogranicza w historii prawa i myśli polityczno-prawnej” dla Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie.

Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 6 lipca 2015 r., poz. 100163.

Pismem z dnia 16 lipca 2015 r., Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, informując jednocześnie o odrzuceniu oferty wykonawcy – J. G. G. o prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. G. G. Fordewind, ul. Mazurska 6/11, 11-520 Ryn.

W dniu 21 lipca 2015 r., Odwołujący – J. G. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J. G. G. Fordewind, ul. Mazurska 6/11, 11-520 Ryn – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp, czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 3 ustawy przy braku jakichkolwiek podstaw do zastosowania wobec Odwołującego któregośkolwiek z w/w przepisów i niewłaściwie przeprowadzonej wobec Odwołującego procedurze wyjaśniającej o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy, zarzucając Zamawiającemu

naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 3 Ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny mającej stanowić czyn nieuczciwej konkurencji mimo braku przesłanek do uznania ceny oferty Odwołującego za rażąco niską i za mogącą stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, bez przeprowadzenia w sposób prawidłowy postępowania wyjaśniającego.
- 2) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez przeprowadzenie czynności oceny złożonych ofert w sposób nie zapewniający obiektywizmu jak też z naruszeniem zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

2

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania – w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 3 Ustawy – Odwołujący podniósł, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy przeprowadził postępowanie wyjaśniające określone w art. 90 ust. 1 ustawy. Zamawiający pismem z dnia 14 lipca 2015 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień tylko co do niektórych elementów oferty tj.

1. Noclegu w pokoju jednoosobowym
2. Noclegu w pokoju dwuosobowym
3. Obiadu
4. Kolacji powitalnej
5. Kolacji uroczystej
6. Kolacji grillowej
7. Bufetów kawowych
8. Opłaty parkingowej

W wyżej wskazanych elementach zabrakło części najbardziej cenotwórczej i w oparciu o którą Odwołujący wycenił wartość swojej oferty tj. wynajmu Sali konferencyjnej. Zgodnie z ofertą Odwołującego koszt sali konferencyjnej został wyceniony na kwotę 170 000 zł brutto. Cena Sali stanowi faktycznie cenę całej oferty.

W ocenie Odwołującego punktem wyjścia do rozważania o rażąco niskiej cenie może być tylko cena całkowita oferty, a nie poszczególne ceny jednostkowe czy ceny poszczególnych elementów składających się na cały przedmiot zamówienia. Nie jest możliwe odrzucenie oferty na podstawie rażąco niskiej ceny tylko niektórych elementów oferty jeżeli cena całkowita nie odbiega znacząco od wartości cen rynkowych.

Na poparcie wyżej wskazanej argumentacji Odwołujący zwrócił uwagę na orzeczenie Izby o sygn. akt KIO 923/08 z 12 sierpnia 2009 r. w myśl którego „Zamawiający nie jest uprawniony aby formułować zarzuty rażąco niskiej ceny oferty w sytuacji, gdy kwestionuje w ogólności ujęcie w kalkulacji kosztów niektórych wyodrębnionych elementów przedmiotu zamówienia, czy ewentualnie odnoszącą się do nich wycenę, a więc podnosi zarzuty wobec części oferty. Nawet gdy kalkulacja jednostkowych elementów, czy określonej części odbiega od cen rynkowych, nie świadczy to o rażąco niskiej cenie całej oferty.”

Argumentowano następnie, że ważnym dla rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania jest fakt, iż wynagrodzenie za wykonanie przedmiotowego zamówienia ma charakter ryczałtowy. Zgodnie zaś z orzeczeniem z dnia 19 marca 2015 r. o sygn. akt. KIO

3

431/15: „z punktu widzenia oceny podejrzenia rażąco niskiej ceny przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia wątpliwości co do wyceny pojedynczej ceny jednostkowej wymagają wykazania wpływu tej jednostkowej wyceny na całość ceny ofertowej.”

Stanowisko zaprezentowane powyżej potwierdza również piśmiennictwo - „nawet gdy kalkulacja jednostkowych elementów lub określonej części oferty odbiega od cen rynkowych nie świadczy to o rażąco niskiej cenie całej oferty”.(S. Babiarsz. Komentarz s. 427).

W ocenie Odwołującego, abstrahując od niezasadności zarzutu rażąco niskiej ceny, żądanie wyjaśnień jedynie co do niektórych elementów ceny bez odniesienia jej do całości

ceny ofertowej nie jest prawidłowo przeprowadzoną procedurą z art. 90 ust. 1 PZP. Zgodnie zaś z dyspozycją art. 90 ust. 3 PZP odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny może być możliwe tylko i wyłącznie po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, co jak wskazano wyżej nie zostało w sposób prawidłowy przeprowadzone.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez przeprowadzeniu czynności oceny złożonej oferty w sposób nie zapewniający obiektywizmu jak też z naruszeniem zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców Odwołujący wskazał, że oferta wykonawcy który uzyskał zamówienie jest o 720 złotych 40/100 droższa od oferty Odwołującego. Oferenci zaproponowali na wykonanie zamówienia to samo centrum konferencyjne. Zatem, mała różnica cenowa jest w pełni uzasadniona. Wątpliwości Odwołującego budzi fakt, iż pomimo tak nieznaczonej różnicy cenowej uznano, że jego oferta jest rażąco niska i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji natomiast oferta jego jedyne go oponenta droższa o kilkaset złotych w pełni rentowna.

Wskazano także, że Zamawiający pomimo nieznaczonej różnicy cenowej nie wzywał wykonawcę który uzyskał zamówienie do złożenia wyjaśnień. Odwołujący wskazał, że zgodnie z doktryną „Równe traktowanie oznacza konieczność stawiania wszystkim potencjalnym uczestnikom postępowania takich samych warunków udziału w postępowaniu, ocenę spełnienia stawianych warunków według tych samych wcześniej podanych do wiadomości kryteriów oraz przekazywania informacji identycznych w swojej treści wszystkim uczestnikom postępowania.”(Norek Emil A., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III). W ocenie Odwołującego fakty przedstawione wyżej w żaden sposób nie dają się pogodzić z zasadą określoną w art. 7 ust. 1 PZP.

Nadto, Odwołujący wskazał, że wybór oferty która nie jest najkorzystniejsza dla Zamawiającego jest sprzeczne z art. 7 ust. 3 ustawy.

W piśmie z dnia 3 sierpnia 2015 r. Odwołujący wskazał dodatkowo na orzeczenie zapadłe w sprawie o sygn. akt KIO 175/15, 197/15, 198/15. Odwołujący zwrócił także uwagę, że w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień niektórych elementów cenotwórczych oferty wskazał, w jaki sposób określił cenę i co ją determinowało. Faktycznie bowiem koszt wykonania całego zamówienia wraz z przewidywanym zyskiem został określony w poz. 9

4

formularza ofertowego – zapewnienie Sali konferencyjnej. Podkreślono ponownie, że żadne z postanowień SIWZ nie zakazuje przesuwania wartości cenowych między poszczególnymi pozycjami, dlatego Odwołujący przewidywał pokrycie kosztów poszczególnych elementów zamówienia wraz ze swoim zyskiem z kwoty określonej w pozycji nr 9. Wskazano ponownie, że wynagrodzenie w postępowaniu ma charakter ryczałtowy, a nie kosztorysowy. Zatem, badanie ofert pod względem rażąco niskiej ceny musi brać pod uwagę całą cenę oferty, a nie jedynie wybrane jej elementy. Odwołujący przywołał dla poparcia swojej argumentacji stanowisko przedstawione w wyroku KIO z dnia 16 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 654/12.

Wskazano następnie, że zgodnie z orzecznictwem, zaniżenie niektórych elementów ceny nie może wprost świadczyć o rażąco niskiej cenie całkowitej oferty.

Podkreślono także, że zaoferowana cena jest realna, rynkowa i stanowi gwarancję należytego wykonania zamówienia.

Ponadto wskazano, że jeżeli Zamawiający nadal miał wątpliwości, powinien wezwać kolejny raz wykonawcę do złożenia kalkulacji. Z udzielonych zaś wyjaśnień nie można wywodzić, że potwierdzają one zaoferowanie ceny rażąco niskiej. Wskazano także, że o ile na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że w jego ofercie nie znajduje się cena rażąco niska, o tyle to Zamawiający musi wyznaczać wykonawcy kierunku, w jakich wyjaśnienia powinny podążać oraz zakres udzielanych wyjaśnień. W szczególności Zamawiający powinien określić, jakie dowody ma złożyć wykonawca i jakie okoliczności mają one potwierdzać.

Odwołujący podniósł również, że wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień nie stwarza domniemania rażąco niskiej ceny. Taka wykładnia wypacza sens art. 90 ust. 1 Pzp, który stanowi wyłącznie o wątpliwościach zamawiającego i stanie niepewności, do ceny zaproponowanej przez wykonawcę. Zadaniem wykonawcy nie jest zatem obalanie jakichkolwiek domniemań, a jedynie odpowiedź na wezwanie zamawiającego stanowiące wyraz jego wątpliwości, co do realności zaoferowanej ceny. Odwołujący odwołał się do stanowiska KIO zawartego w wyroku z dnia 6 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2179/14, jak również z dnia 5 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 132/15.

Końcowo podniesiono, że o realności ceny świadczy fakt, iż w przedmiotowym

postępowaniu Zamawiający uznał, że najkorzystniejszą ofertą jest oferta złożona przez drugiego wykonawcę z cenę 155.632, 40 zł, zaś cena oferty Odwołującego to 154.900,00 zł.

Odnosząc minimalnej różnicy cenowej Odwołujący wskazał, że oprócz doświadczenia i organizacji pracy również fakt prowadzenia przez niego działalności gospodarczej, a nie funkcjonowania na zasadach spółki kapitałowej pozwoliło ustalić mu cenę o kilkaset złotych niższą niż konkurent. Odwołujący przywołał w tym zakresie wyrok z dnia 16 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 654/12.

5

W złożonej odpowiedzi Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał m.in., że formularz ofertowy opracowany w oparciu o opis przedmiotu zamówienia obejmował ceny jednostkowe za poszczególne rodzaje usług. Obowiązek złożenia przez Odwołującego formularza cenowego zawierającego ceny jednostkowe przesądza o tym, że wynagrodzenie nie ma charakteru ryczałtowego, lecz kosztorysowy. Ostateczna wysokość wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania usługi została bowiem uzależniona od faktycznej liczby wykorzystywanych noclegów, posiłków, wynikającej z faktycznej liczby uczestników konferencji. Gdyby, tak jak twierdzi Odwołujący, wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy, przedstawienie formularza cenowego zawierającego ceny jednostkowe nie miało by żadnego sensu. Skoro Zamawiający uzależnił wynagrodzenie od liczby faktycznie wykorzystanych noclegów i posiłków oraz zażądał złożenia formularza cenowego zawierającego ceny jednostkowe w oparciu, o które zostanie wyliczone wynagrodzenie za wykonaną usługę to oznacza, że wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy. Podkreślono także, że ocena treści złożonych wyjaśnień musiała prowadzić do odrzucenia oferty. Zamawiający w sposób prawidłowy uznał, że ceny jednostkowe wskazane w pozycjach 1-8 i 10 formularza cenowego są rażąco niskie, nierynkowe i nierealne. Nakładając obowiązek złożenia formularza cenowego zawierającego ceny jednostkowe za poszczególne usługi – noclegi, wyżywienie, bufet, sala konferencyjna, parking – Zamawiający oczekiwał wskazania realnych, rynkowych cen za poszczególne elementy składkowe, wyłączając tym samym możliwość zaniżania cen jednostkowych za wykonanie niektórych usług, zawyżania pozostałych poprzez sztuczne przerzucanie faktycznych kosztów. Wskazano, że ceny jednostkowe w ofercie Odwołującego zostały rażąco zaniżone i przerzucone faktycznie do pozycji 9. Tymczasem bezspornym jest, iż wynagrodzenie Zamawiający uzależnił od faktycznej ilości uczestników. Zgodnie z ofertą Odwołującego, Zamawiający byłby zobowiązany do zapłaty Odwołującemu wynagrodzenia w wysokości 152.855,00 zł brutto nawet, gdyby żadna osoba (z przewidywanych 250) nie wzięła udziału w konferencji. Dodatkowo argumentowano, że Odwołujący przypisując poszczególnym z usług inne wartości niż rzeczywiście winny być im przypisane, tak skonstruował swoją cenę, że działanie to dało mu możliwość zdobycia przewagi konkurencyjnej i w konsekwencji pozwoliłoby na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Tak wysoka różnica w proporcjach wartości poszczególnych usług nie może być bowiem uznana jedynie za element kalkulacji, czego zresztą Odwołujący w żaden sposób nie wykazał. Tym samym zaistniały podstawy ku temu, by przypisać Odwołującemu czyn nieuczciwej konkurencji. Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania Odwołującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest „manipulowanie” proporcjami poszczególnych usług, a w konsekwencji ich ceną i w rezultacie ceną oferty, aby otrzymać zamówienie. Ponieważ takie

6

działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie Odwołującego utrudniło im dostęp do rynku.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług konferencyjno-hotelowych na potrzeby konferencji naukowej pt. "Pogranicza w historii prawa i myśli polityczno-prawnej" dla Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie.

Szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia zawarte jest w dokumencie Opis

przedmiotu zamówienia (OPZ), który jest załącznikiem nr 1 do SIWZ.

Zgodnie z OPZ:

Termin realizacji zamówienia: od 13.09.2016 r. (od godziny 12:00) do 16.09.2016 r. (po obiedzie).

W warunkach Zamawiający wskazał m.in., miejsce, wymogi, co do sal konferencyjnych, parkingu, bazy noclegowej, wyżywienia.

W sposobie wykonania zamówienia Zamawiający wskazał m.in.:

1. Szacowana liczba uczestników - około 250. Ostateczną liczbę zaproszonych gości, Zamawiający przekaże Wykonawcy na 7 dni przed terminem wykonania usługi.
2. Noclegi płatne indywidualnie przez uczestników konferencji, jedynie noclegi organizatorów w dniach 13.09–16.09 (8 pokoi jednoosobowych, 3-dwuosobowych) powinny być objęte kalkulacją.

(...)

9. Możliwość rozliczenia według liczby faktycznie wykorzystanych noclegów oraz wyżywienia. Faktura obejmująca między innymi pozostałe noclegi oraz usługi gastronomiczne, powinna być wystawiona po zrealizowaniu zamówienia z podaniem jednostek miary i faktycznie wykorzystanego zakresu usługi.

W załączniku nr 7 do SIWZ – Istotne postanowienia umowy – Zamawiający zawarł m.in. następujące postanowienia:

Zgodnie z § 1 – Przedmiot umowy – ust. 3, liczba uczestników wynosi 250 osób.

Ostateczną ilość uczestników Zamawiający przekaże wykonawcy na 7 dni przed terminem rozpoczęcia realizacji umowy. W przypadku zmniejszenia liczby uczestników wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia z tego tytułu.

Zgodnie z § 3 – Wynagrodzenie i warunki płatności – rozliczenie nastąpi na podstawie faktycznie wykorzystanych miejsc noclegowych i posiłków, według cen

7

jednostkowych zaoferowanych przez wykonawcę w złożonej ofercie stanowiącej załącznik do niniejszej umowy (ust. 2), Zamawiający zapłaci wynagrodzenie za wykonany przedmiot umowy na podstawie wystawionej faktury (ust. 5), faktura wystawiona przez Wykonawcę, wskazywać musi numer, z której wynika płatność. Do faktury należy dołączyć kopię podpisanego przez obie strony protokołu odbioru przedmiotu umowy oraz menu zaakceptowane przez Zamawiającego (ust. 6), podstawą do wystawienia faktury jest podpisanie przez obie strony protokołu odbioru przedmiotu umowy. W protokole Wykonawca wskaże liczbę faktycznie wykorzystanych miejsc noclegowych oraz posiłków.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 170.500,00 zł brutto.

W postępowaniu wpłynęły oferty 2 wykonawców:

1. Odwołującego z ceną 154.900,00 zł brutto.
2. Orbis S.A. Oddział Hotel Mercure Mrągowo Resort & SPA z siedzibą w Mrągowie z ceną 155.632,40 zł brutto.

W formularzu cenowym – Załącznik nr 2 do SIWZ – Odwołujący wycenił pozycje 1-8 i 10 (kolumna B formularza: 1. dotyczące noclegów w pokoju jednoosobowym (liczba osób 8), 2. noclegów w pokoju dwuosobowym (liczba osób 6), 3. obiadu zgodnie z OPZ (liczba osób 250), 4. kolacji powitalnej zgodnie z OPZ (liczba osób 250), 5. kolacji uroczystej zgodnie z OPZ (liczba osób 250), 6. kolacji grillowej zgodnie z OPZ (liczba osób 250), 7. bufet kawowy zgodnie z OPZ (liczba osób 250), 8. bufet kawowy zgodnie z OPZ (liczba osób 250), 10. opłata parkingowa (ilość aut 250) w kwotach po 1 zł.

W przeliczeniu poprzez podaną ilość (kolumna D formularza) stanowiło to odpowiednio kwoty brutto: 24,00 zł (24 noclegi w pokoju jednoosobowym), 18,00 zł (18 noclegów w pokoju dwuosobowym), 750,00 zł (obiady), 250,00 zł (kolacja powitalna dla 250 osób), 250,00 zł (kolacja uroczysta dla 250 osób), 250,00 zł (kolacja grillowa dla 250 osób), 250,00 zł (bufet kawowy dla 250 osób), 250,00 zł (bufet kawowy dla 250 osób), 3,00 zł (opłata parkingowa dla 250 aut).

Pozycję 9 formularza – zapewnienie sali konferencyjnej podczas realizacji usługi zgodnie z OPZ – Odwołujący wycenił na kwotę 152.855,00 zł.

Pismem z dnia 14 lipca 2015 r., Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W treści wezwania wskazano, iż w związku z ustaleniem, iż ceny

jednostkowe oferty dotyczące pozycji 1-8 i 10 (wyliczone w oparciu o kwotę 1 zł) wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, Zamawiający żąda udzielenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

8

Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia i dowody powinny dotyczyć w szczególności takich elementów, jak: oszczędne metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy koszty pracy, pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, że zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązkiem wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy.

W odpowiedzi, pismem z dnia 16 lipca 2015 r., Odwołujący wskazał, że ocena czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny powinna być brana pod uwagę w płaszczyźnie ceny całkowitej oferty, a nie cen jednostkowych. Wniosek taki wypływa z literalnego brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W ten sposób nawet jeśli pewne części oferty czy pewna usługa mogłaby być uznana za rażąco niską, to nie skutkuje to koniecznością odrzucenia oferty, jako oferującej rażąco cenę. Wykonawca odwołał się w tej mierze do wyroku o sygn. akt KIO/UZP 109/09, wyroku o sygn. akt KIO/UZP 1492/08, wyroku o sygn. akt KIO/UZP 765/08, wyroku o sygn. akt KIO 760/08. Nie jest więc uzasadnione zwracanie się o uzasadnienie kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty, nawet jeśli skalkulowano je na bardzo niskim poziomie, ale np. z racji wyższych cen w innych elementach taki sposób kalkulacji nie powoduje, że ocena oferty jest rażąco niska. Odwołujący oparł się w tej mierze na poglądach doktryny.

Wskazano następnie, że sposób wyceny przedmiotu zamówienia jest elementem „inżynierii ceny”, a więc mieści się w przyznanej wykonawcy swobodzie kontraktowej. Swobodzie tej sprzyja orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w którym konsekwentnie utrwalany jest pogląd, zgodnie z którym przedmiotem badania pod kątem rażąco niskiej ceny nie są wybiórcze części ceny oferty ale oferowana cena całościowa. Istotną pozostaje jedynie cena końcowa i ta powinna zostać oceniona przez pryzmat przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Podniesiono także, że zaproponowane w ofercie ceny jednostkowe pozostają w zgodzie z treścią SIWZ. Żadne postanowienie specyfikacji nie zawierało bowiem zakazu przesunięcia wartości cenowych pomiędzy poszczególnymi pozycjami formularza cenowego. Odwołujący przywołał sygn. spraw KIO 1641/15, KIO 1651/14.

Odwołujący końcowo wyjaśnił, że cena jest zdeterminowana ofertą Hotelu Mercure Mrongovia. Różnica pomiędzy realną ceną usługi hotelowej oferowanej przez ww. hotel, a zawartą w ofercie Odwołującego, zapewnia wykonawcy godziwy zysk w przewidywanej kwocie 14 tys. zł brutto. Natomiast ukształtowanie ceny kosztów zmiennych, na poziomie przedstawionym w formularzu ofertowym, pozwoli wykonawcy zwiększyć zysk powyżej przewidywanego, w przypadku niższej, niż przewidywana maksymalna ilość uczestników spotkania. Wskazano ponadto, że oferta nie odbiega od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego (różnica ok. 12%) oraz pozostałych ofert.

9

Pismem z dnia 16 lipca 2015 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, gdyż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odrębną przesłanką odrzucenia oferty jest z kolei zaistnienie sytuacji, w której jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp). W podstawach faktycznych swojej oceny Zamawiający wskazał m.in., że złożone na wezwanie wyjaśnienia nie wykazały merytorycznie, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołując się do art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp i art. 7 Pzp, Zamawiający argumentował, że na każdym etapie postępowania zobowiązany jest do przestrzegania zasad uczciwej konkurencji, tak aby w konsekwencji mógł udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Wskazano, że na Zamawiającym ciąży obowiązek odrzucenia ofert spełniających przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji, bądź naruszających postanowienia ustawy z dnia 16 lutego

2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tą ustawą, art. 3 ust. 1, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Dodatkowo, w art. 15 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy ustawodawca wprost stwierdził, że sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców jest czynem nieuczciwej konkurencji. Nie ulega zatem wątpliwości, że złożona oferta zawierająca cenę rażąco niską jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ceną rażąco niską jest cena niewiarygodna w ofercie Odwołującego (od poz. 1 do poz. 8, poz. 10 – cena jednostkowa usług – 1 zł), oderwana całkowicie od realiów rynkowych, nieadekwatna do przedmiotu zamówienia, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia, odbiegająca od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Wskazano także, że oferta Odwołującego zawierająca rażąco niską cenę już sama w sobie jest czynem nieuczciwej konkurencji.

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Przy rozstrzygnięciu sprawy Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

10

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W myśl art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. ze zm.), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei art. 15 ust. 1 pkt 1 przedmiotowej ustawy stanowi, że 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 odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Stosowanie zaś do art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Analizując stan faktyczny niniejszej sprawy w odniesieniu do powyższych regulacji prawnych Izba uznała, że Zamawiający w sposób prawidłowy i uzasadniony odrzucił ofertę Odwołującego. Decyzja Zamawiającego znajduje w tym zakresie oparcie w normach wynikających z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że w realiach niniejszej sprawy Zamawiający miał podstawy do zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp i badania rzetelności ceny także w odniesieniu do poszczególnych cen jednostkowych. Przekroczenie wskazanego w tym przepisie progu 30% nie jest jedyną okolicznością legitymującą do wystosowania wezwania, gdyż równie ważna jest klauzula generalna wskazana w początkowej części przepisu o treści „jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego”. Zaoferowanie cen jednostkowych w wysokości 1 zł, w odniesieniu do elementów usługi wypełniających prawie całość przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu wymogów, jakie Zamawiający poczynił wobec tych elementów realizacji zamówienia, stanowiło wystarczającą podstawę do powzięcia wątpliwości, czy za takie ceny można w ogóle wymagania Zamawiającego zrealizować i czy nie doszło do rażącego ich zaniżenia.

Odwołujący w zasadzie w ogóle nie ustosunkował się wezwania, które szczegółowo

wskazywało, gdzie Zamawiający widzi problem i co powinno zostać wyjaśnione. Złożone pismo, było jedynie polemiką z tym, czy Zamawiający miał podstawy do powzięcia wątpliwości, a nie rzeczowym ustosunkowaniem się do żądania Zamawiającego. Takie

11

pismo Zamawiający mógł nawet potraktować jako brak wyjaśnień i już z tego powodu odrzucić ofertę.

Izba nie znalazła podstaw do podzielenia wywodów Odwołującego, że w niniejszej sprawie wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy oraz, że optyka badania ceny – w kontekście jej rażącego zniżenia – mogła być nakierowana wyłącznie na cenę globalną oferty.

W niniejszym postępowaniu wynagrodzenie nie ma charakteru ryczałtowego. Cechę tę można ewentualnie przypisać jedynie wynagrodzeniu za salę konferencyjną, jako czynnika stałego i niezmiennego oraz niezależnego od ilości uczestników konferencji. Wszystkie pozostałe elementy zamówienia, które w zasadzie składają się na istotę usługi, charakteryzują się natomiast cechami zbliżonymi do wynagrodzenia ryczałtowego. Uzależnione one bowiem są od faktycznej ilości uczestników, a podstawą rozliczenia ma być protokół odbioru przedmiotu umowy. Ponadto, poszczególne usługi składają się na całość przedmiotu zamówienia, a wykonanie każdej z tych usług pozostaje w zasadzie niezależne od siebie w tym aspekcie, że są one rodzajowe odmienne – przykładowo zapewnienie wysokiej jakości wyżywienia nie musi przekładać się na jakość zakwaterowania i odwrotnie. Również z tego powodu Zamawiający miał podstawy do tego, by oceniać, czy wycena poszczególnych usług tworzących łącznie całość zamówienia jest realna i gwarantuje możliwość wykonania zamówienia zgodnie z wymogami i oczekiwaniami Zamawiającego. Z uwagi na specyfikę zamówienia Zamawiający miał w konsekwencji podstawy do oceny rażącego zniżenia ceny oferty w płaszczyźnie cen jednostkowych za poszczególne elementy zamówienia i oceny, czy podane przez Odwołującego ceny są realne i czy można za nie wykonać usługę na poziomie i w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Warto w tym miejscu przytoczyć pogląd Izby zawarty w wyroku z dnia 14 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2734/15, gdzie wskazano, że „Najczęściej pojęcie ceny rażąco niskiej odnosi się do wynagrodzenia za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, dla którego nie ma znaczenia wycena poszczególnych elementów, które na to wynagrodzenie się złożyły. Jednocześnie jednak należy dostrzec, że w uzasadnionych przypadkach obowiązek badania dotyczy poszczególnych cen jednostkowych czy też elementów, które służyć będą do ustalenia wynagrodzenia, jeżeli jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i ukształtowanego sposobu wynagradzania wykonawcy. Dotyczy to w szczególności wynagrodzenia ustalanego na zasadzie obmiaru, kiedy zależy ono od ilości rzeczywiście wykonanych czynności czy robót, która to ilość nie jest możliwa do przewidzenia w momencie kształtowania warunków zamówienia, a zależy od rzeczywistej potrzeby związanej z wykonywaniem zamówienia, co nawiązuje do wynagrodzenia opartego na zasadzie kosztorysu”.

12

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, w uzasadnionych przypadkach obowiązek badania może dotyczyć poszczególnych cen jednostkowych czy też elementów, które służyć będą do ustalenia wynagrodzenia, jeżeli jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i ukształtowanego sposobu wynagradzania wykonawcy.

Tak właśnie jest w niniejszej sprawie, gdzie z umowy wprost wynika, że wynagrodzenie będzie płatne za faktycznie wykorzystane miejsca noclegowe i posiłki według cen jednostkowych z oferty wykonawcy, a podstawą rozliczenia ma być także protokół odbioru. Z uwagi na to, że to ceny jednostkowe będą stanowiły podstawę do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy, każda z tych cen powinna zostać obliczona w sposób realny, rynkowy. Z uwagi na powyższe analizowanie zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny było w pełni uprawnione, zaś przerzucenie kosztów do jednej pozycji, było działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i mogło naruszać interes innego wykonawcy, jak również w ocenie Izby, dodatkowo interes Zamawiającego, którego tutaj należy postrzegać, jako klienta, o którym mówi art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Skoro Zamawiający uczynił ceny jednostkowe istotnym elementem oferty i kalkulacji to miał prawo weryfikować te ceny jednostkowe, a nie tylko skupiać się na cenie globalnej. Wykonawca powinien był natomiast w sposób rzetelny wycenić te pozycje, a nie w sposób oderwany od specyfiki zamówienia i wbrew wymogom Zamawiającego. Przeprowadzone postępowanie potwierdziło natomiast, że wykonawca nie ma możliwości zrealizowania usług w wycenionej kwocie 1 zł. Motywem zaoferowania takiego poziomu cen jednostkowych z jednoczesnym podaniem ceny za salę konferencyjną, jak za całość zamówienia, było to, by zapewnić wykonawcy możliwie największy zysk. Wykonawca zaoferował więc ceny po 1 zł nie dlatego, że ma faktycznie możliwość zrealizowania usługi w tej wartości lecz dlatego, by wszystkie koszty zamówienia skupić w jednej stałej pozycji, za którą Zamawiający i tak musi zapłacić, a tym samym, by niezależnie od zakresu wykonanego zamówienia i tak zapewnić sobie możliwie największy zysk, jak za realizację całości. Odwołujący nie podjął nawet próby dowodzenia, że ceny po 1 zł za usługi wyżywienia i zakwaterowania są cenami realnymi, potwierdzając tym samym, w ocenie Izby, to że wycena tych usług była pozorna i oderwana od realiów gospodarczych.

Jednocześnie, Izba krytycznie oceniła argumentację Odwołującego, że mógł wycenić zamówienie w sposób dowolny i dowolnie przerzucać koszty w ramach usług składających się na całość zamówienia – gdyż w specyfikacji Zamawiający nie zawarł zakazu przerzucania kosztów. Przede wszystkim Zamawiający nie miał obowiązku konstruowania treści specyfikacji w ujęciu negatywnym – w tym znaczeniu, że musiał dokonać szczegółowego wyliczenia, czego wykonawca nie może, by nie narażać się następnie na argument, iż skoro dana kwestia nie została zakazana to tym samym była

13

dopuszczalna. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jasny i wyczerpujący, przedstawił także jednoznaczne zasady wyceny oferty oraz sposób i podstawy rozliczenia wynagrodzenia. Skoro Zamawiający sporządził formularz cenowy i wymagał wyceny poszczególnych usług, jak również skoro wprowadził do umowy zasady rozliczania według faktycznego wykorzystania i ilości uczestników, w tym ceny jednostkowe uczynił podstawą tych rozliczeń, to dla wykonawcy – będącego podmiotem profesjonalnym – powinno być oczywiste, że Zamawiający wymaga realnej wyceny tych elementów zamówienia, a tym samym nie zezwala na dowolne przerzucanie kosztów w ramach wyceny oferty. Stosowanie „inżynierii cenowej”, o której wspominał wykonawca także ma swoje granice, nie jest to sfera, w której działania wykonawcy mogą być zupełnie dowolne. Granice te wyznaczają chociażby takie okoliczności jak właśnie specyfika zamówienia (w tym zasady i charakter wynagrodzenia oraz rozliczenia stron) czy powinność powstrzymania się od działań, które przeczą dobrem obyczajom i mogą naruszać interesy innego przedsiębiorcy lub zamawiającego.

Należy następnie wskazać, że przy cenie za salę konferencyjną wyczerpującą w zasadzie całą cenę oferty i przy cenach za inne usługi w wysokości 1 zł, Zamawiający nie ma także żadnej pewności, że właśnie te inne usługi, składające się w głównej mierze na przedmiot zamówienia – nie jest nim bowiem jedynie zapewnienie sali konferencyjnej – zostaną wykonane przez wykonawcę w sposób należyty. Nie ulega bowiem żadnym wątpliwościom to, że za cenę 1 zł nie da się wykonać tych usług. W skrajnym przypadku, gdyby wykonawca np. nie wywiązał się ostatecznie z zapewnienia usług wyżywienia i noclegu, bądź wykonał to w sposób odbiegający od wymogów Zamawiającego, Zamawiający mógłby i tak zostać postawiony przed koniecznością zapłaty całej ceny oferty. Wykonawca tak konstruując swoją ofertę zagwarantował bowiem sobie zysk, jak za całość, wyceniając tak wysoko pozycję dotyczącą sali, zaś ewentualne straty z powodu niezrealizowania innych usług i np. odmowa zapłacenia przez Zamawiającego faktury obejmującej usługi wyżywienia i zakwaterowania, w kwotach po 1 zł od osoby, nie byłaby dla wykonawcy żadną stratą.

W okolicznościach niniejszej sprawy w pełni znajduje odzwierciedlenie stanowisko i pogląd przedstawiony w wyroku z dnia 24 września 2014 r., sygn. akt KIO 1844/14, gdzie wskazano, że „Z uwagi na to, że to ceny jednostkowe będą stanowiły podstawę do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy, każda z tych cen powinna zostać obliczona w sposób realny, rynkowy. Z uwagi na powyższe analizowanie zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny jest w pełni uprawnione. Przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia

Celem działania wykonawcy nie było w konsekwencji zaoferowanie Zamawiającemu jak najkorzystniejszych warunków, czy konkurowanie ceną, a jedynie – poprzez nieuzasadnione przyjęcie dopuszczalności dowolnego przerzucania kosztów – takie rozbitcie ceny, przy którym Zamawiający musiałby płacić wynagrodzenie zawyżone i nie odpowiadające ostatecznemu zakresowi usług. Było to więc działanie, które mogło narażać interes innego wykonawcy, jak również narażać zamawiającego na szkodę. Zamawiający musiałby bowiem płacić za samą salę cenę, jak za wykonanie całego zakresu zamówienia, które co zastrzegł Zamawiający może być zmienne, gdyż determinowane jest liczbą uczestników. Nie po to więc Zamawiający wprowadził zapisy dotyczące podstaw rozliczenia i cen jednostkowych, by być zmuszanym do płacenia jak za całość, niezależnie od tego, czy ta całość została wykonana czy nie.

Jak wskazuje się w orzecznictwie (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 31 marca 2015 r., sygn. akt III APa 28/14) zakaz naruszania dobrych obyczajów z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji chroni przede wszystkim uczciwość we współzawodnictwie na rynku towarów i usług, jak również rzetelność w konkurencji. Tak drastyczne zniżenie cen jednostkowych, jak w sprawie niniejszej, w zdecydowanej części oferty, nie jest objawem dopuszczalnego i „zdrowego” współzawodnictwa z innym wykonawcą i konkurowania z nim w ramach rzetelnej wyceny poszczególnych elementów zamówienia – przez co jest działaniem, które może zostać uznane za naruszające lub zagrażające interesom innego przedsiębiorcy, gdyż zaburza ono uczciwą konkurencję w ubieganiu się o zamówienie i stwarza ryzyko utraty możliwości wygrania przetargu i ryzyko wyboru oferty nie będącej w istocie ofertą najkorzystniejszą według kryteriów określonych przez Zamawiającego, której kalkulacja odbiega od specyfiki zamówienia i potrzeb Zamawiającego i jest kalkulacją podporządkowaną jedynie przyjętej „inżynierii cenowej”, nastawionej na maksymalizację zysku, wykraczającej poza dopuszczalne w ramach tego postępowania granice tej „inżynierii”. Zasadnie wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że tak wysoka różnica w proporcjach poszczególnych usług nie może być uznana jedynie za element kalkulacji. Motywem tej dysproporcji było zdobycie przewagi konkurencyjnej, a nie konkurowanie rzetelną wyceną wszystkich elementów zamówienia – a tym samym było to działanie mogące naruszać interesy innego przedsiębiorcy. Należy przy tym podnieść, jak wskazuje się w orzecznictwie (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 maja 2014 r., sygn. akt I ACa 222/14), że nawet nie sam fakt zagrożenia lub powstania straty po stronie innego przedsiębiorcy lecz sposób realizacji mechanizmu rywalizacji pomiędzy konkurentami podlega rozważeniu przy ocenianiu działań konkurencyjnych pod kątem sprzeczności z dobrymi obyczajami (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). W okolicznościach tej sprawy przyjęty przez

Odwołującego mechanizm rywalizacji, jak wskazano wcześniej, nie mieści się w ramach współzawodnictwa zgodnego z dobrymi obyczajami.

Ponadto wskazywana w orzecznictwie uczciwość we współzawodnictwie, czy relacjach z Zamawiającym wymaga chociażby przestrzegania wynikających z Kodeksu cywilnego norm, w tym w postaci zachowania równowagi w ekwiwalentności świadczeń, a co za tym idzie także oferowanie usług w taki sposób, by druga strona kontraktu miała pewność, co do możliwości należytego wykonania każdego z elementów zamówienia i nie została stawiona przed ryzykiem konieczności zapłaty nienależnego wynagrodzenia, bez względu na to, czy Zamawiający otrzymał to co oczekiwał i w takim zakresie, jak szacował. W tej sprawie, w przypadku małej ilości uczestników konferencji, ekwiwalentność ta zostałaby zatraczona.

Jedynie wskazanie w podstawie prawnej odrzucenia oferty Odwołującego także art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, było oceną zbyt daleko idącą. Przepis ten wymaga bowiem zachowania kierunkowego – dążenia do wyeliminowania konkurencji z rynku. Tutaj, skoro drugi wykonawca i tak – nawet przy wygranej Odwołującego – uczestniczyłby faktycznie w realizacji zamówienia (jako podmiot będący właścicielem oferowanego centrum konferencyjnego), to nie sposób uznać, by

Odwołujący chciał tego przedsiębiorcę eliminować z rynku.

Nie oznacza to jednak, że czynność zamawiającego była wadliwa. Przesłanki z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zostały wypełnione, a w konsekwencji zasadnie zastosowano art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, jak również Zamawiający miał podstawę do uznania oferty, w taki sposób wycenionej, za ofertę z rażąco zaniżoną ceną, nie gwarantującą realności i rzetelności wykonania każdego elementu zamówienia.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z oddaleniem odwołania Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego – na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy – zwrot kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: