Sygn. akt: KIO 1806/18

WYROK

z dnia 24 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2018 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2018 r. przez wykonawcę Samindruk Sp. z o.o., ul. Gen. Sikorskiego 37, 87-300 Brodnica w postępowaniu prowadzonym przez Centralną Komisję Egzaminacyjną, ul. M. Edelmana 6, 00-190 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Wojskowe Zakłady Kartograficzne Sp. z o.o., ul. Fort Wola 22,

88-258 Warszawa, Drukarnia POZKAL Sp. z o.o. Sp. k., ul. Cegielna 10, 88-100 Inowrocław, Toruńskie Zakłady Graficzne ZAPOLEX Sp. z o.o., ul. Gen. Sowińskiego 2/4, 87-100 Toruń, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Samindruk Sp. z o.o., ul. Gen. Sikorskiego 37, 87-300 Brodnica i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący .....

Wykonawca Samindruk Spółka z o.o., ul. Sikorskiego 37, 87-300 Brodnica (dalej

„odwołujący”) złożył odwołanie w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego, prowadzonego przez Skarb Państwa - Centralną Komisję Egzaminacyjną, ul. Marka Edelmana 6, 00-190 Warszawa (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Druk i dystrybucja materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia egzaminów ogólnych w 2019 i 2020 roku, tj. egzaminu ósmoklasisty, egzaminu gimnazjalnego, egzaminu maturalnego, centralnego egzaminu wstępnego, egzaminu eksternistycznego" (ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer: 2018/S 077-171186 z 20 kwietnia 2018 r.).

Odwołanie złożono wobec:

- wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Wojskowe Zakłady Kartograficzne Sp. z o.o., Drukarnia POZKAL Sp. z o.o. Sp. k. oraz Toruńskie Zakłady Graficzne ZAPOLEX Sp. z o.o. (dalej „konsorcjum”) pomimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz pomimo, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- uznania przez zamawiającego, że wyjaśnienia konsorcjum w zakresie dotyczącym rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia są wystarczające dla uznania, iż oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny,

- zaniechania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum pomimo,

iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 oraz ust. 2 i 3 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez

zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz pomimo, iż wyjaśnienia konsorcjum były w tym zakresie niewystarczające,

3. art. 7 ust. 1 i ust. 3, poprzez ich niezastosowanie, czego wyrazem było przeprowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i w konsekwencji wybór oferty konsorcjum niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, poprzez nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności uznania wyjaśnień konsorcjum w zakresie odnoszącym się

do rażąco niskiej ceny za wystarczające do wykazania, iż oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny,

2. unieważnienia czynności, polegającej na wyborze oferty konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej,

3. odrzucenia oferty konsorcjum jako oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz zwrotu

kosztów wpisu od odwołania wraz z opłatą za pełnomocnictwo, jak też kosztów zastępstwa procesowego, a także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania przetargowego oraz dowodów wskazanych w treści odwołania na okoliczności w nim wskazane.

Odwołujący podał, że zamawiający w dniu 30 sierpnia 2018 r. dokonał wyboru oferty konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej, poprzedzając ten wybór prośbą do konsorcjum o wyjaśnienie kwestii rażąco niskiej ceny, które to wyjaśnienia zamawiający uznał za satysfakcjonujące.

Zdaniem odwołującego zamawiający w toku wyjaśniania kwestii rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez konsorcjum nie zauważył zjawiska manipulacji cenami w ofercie konsorcjum pomimo, iż odwołujący zwrócił mu na to uwagę w piśmie z dnia 18 lipca 2018 r.

W odniesieniu do zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przez konsorcjum (naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji) odwołujący uznał, że konsorcjum, składając ofertę w niniejszym postępowaniu popełniło czyn nieuczciwej konkurencji, o którym

mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co - samo w sobie - na mocy art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty tego

wykonawcy.

Wskazał, że konsorcjum, przygotowując formularze cenowe składające się na jego ofertę dokonało manipulacji cenami jednostkowymi, pozostawiając jako najwyższą cenę w przedziałach, które odpowiadają nakładowi prognozowanemu przez zamawiającego (dalej „Przedział Prognozowany" lub „Przedziały Prognozowane") i sztucznie ją obniżając w pozostałych przedziałach nakładów, co doprowadziło do sztucznego zaniżenia ceny ofertowej, zapewniając temu wykonawcy korzystną punktację przy ocenie ofert. Uzupełnił, że kalkulacja cen jednostkowych dokonana przez konsorcjum została dokonana w oderwaniu od realiów gospodarczych, w tym w oderwaniu od kosztów, jakie powstają przy różnych nakładach i jako taka stanowi rażące odstępstwo od zasad uczciwego i rynkowego kalkulowania cen.

Stwierdził, że działanie takie jest krzywdzące nie tylko dla odwołującego, gdyż

narusza jego prawo do uczciwego konkurowania przy uzyskaniu zamówienia publicznego i ogranicza możliwość uzyskania zamówienia, ale także zagraża interesom samego

zamawiającego, gdyż zniekształca wskazane przez niego zasady ustalania kryteriów oceny ofert i ich znaczenie; działanie takie, jako czyn nieuczciwej konkurencji, nie może być premiowane, poprzez wybór oferty takiego wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że kluczowe znaczenie dla zrozumienia jego wywodów i mechanizmu działania konsorcjum jest pojęcie „ceny ofertowej" ukształtowane przez zamawiającego - cena ofertowa oznacza prognozowaną liczbę arkuszy egzaminacyjnych pomnożoną przez średnią arytmetyczną cen jednostkowych dla wszystkich podanych nakładów; kryterium temu zamawiający przypisał 15 %.

Odwołujący stwierdził, że z analizy formularzy cenowych konsorcjum wyłania się mechanizm kształtowania cen przez tego wykonawcę, polegający na tym, że w tych rubrykach formularzy cenowych, w których pojawiały się wielotysięczne nakłady (podał, że nie jest to jednak stała reguła, gdyż zjawisko manipulacji cenami wstępuje także przy niewielkich nakładach, przy znacznych nakładach zjawisko to jest bardziej widoczne) prognozowane przez zamawiającego konsorcjum zaproponowało przy nakładach w Przedziałach Prognozowanych ceny rażąco wyższe od cen zaproponowanych przy pozostałych ilościach nakładów, podczas gdy rynkowe i powszechnie przyjęte zasady kształtowania cen przy podobnych usługach/dostawach są takie, że cena z natury rzeczy maleje wraz ze wzrostem nakładu.

Stwierdził także, że jest to zjawisko zrozumiałe i ekonomicznie uzasadnione, gdyż inna będzie cena druku jednego egzemplarza danej publikacji przy druku np. 50 sztuk egzemplarzy, a inna przy druku kilku tysięcy takich egzemplarzy - w tym drugim przypadku pewne stałe koszty, które posiada każdy przedsiębiorca rozkładają się na większą liczbę egzemplarzy, powodując stopniowy spadek cen wraz ze wzrostem liczby egzemplarzy (zasada: im większy nakład tym mniejsza cena).

Zdaniem odwołującego w przypadku oferty konsorcjum również daje się zaobserwować stosowanie powyższej zasady, jednak przy arkuszach, przy których w kolumnie „prognozowana liczba arkuszy" pojawia się wielotysięczna liczba arkuszy konsorcjum zmienia zasady naliczania ceny, łamiąc ww. zasadę wpływu kosztów na cenę

druku jednego egzemplarza. Jako przykład powołał się na załączniki 1.A.1. poz. 11 i 24, 3.A.1. poz. 259, 277, 380 i 382 w przypadku, których dla nakładu odpowiadającemu prognozowanej liczbie arkuszy przystępujący zaoferował odpowiednio ceny: 1,80 zł, 1,20 zł, 1,50 zł, 1,20 zł, 2,05 zł oraz 1,90 zł, natomiast dla przykładowego nakładu niższego przystępujący zaoferował odpowiednio ceny: 0,90 zł, 0,70 zł, 0,82 zł, 0,71 zł, 1,02 zł oraz 0,96 zł.

Do odwołania, jak oświadczył, odwołujący załączył fragmenty formularzy cenowych konsorcjum, tj. Załącznik 2.A.1, Załącznik 1.B.1, Załącznik 4.B.1), gdzie kolorem zielonym wskazał przypadki stosowania najwyższych cen przy nakładach, które odpowiadają Przedziałom Prognozowanym, oświadczając że dokonano oznaczenia przypadków manipulowania cenami jedynie poglądowo, zjawisko manipulowania cenami występuje powszechnie na znaczną skalę w niemalże wszystkich formularzach cenowych.

Odwołujący uznał, że z przedstawionego zestawienia, jak też z całości układu cen z formularzy cenowych wynika, iż cena podawana przez konsorcjum jest z reguły najwyższa przy arkuszach o najmniejszych nakładach, cena ta zaczyna maleć wraz ze wzrostem nakładu, przy czym nagle wzrasta akurat przy tym nakładzie, który znajduje się w Przedziale Prognozowanym. Uzupełnił, że w niektórych przypadkach, gdy po Przedziale Prognozowanym istnieją jeszcze inne, wyższe przedziały nakładów cena podawana przez konsorcjum znów zaczyna spadać (np. Załącznik 3.A.1, poz. 168 i 169, 310, 311, czy też 343, 349, 355, 366, 393) - zjawisko to występuje często przy arkuszach, które będą przygotowywane w wielu tysiącach egzemplarzy, w innych przypadkach ceny są kształtowane zgodnie z zasadą: im większy nakład tym mniejsza cena.

Odwołał się do przykładu wyceny druku jednego z arkuszy egzaminacyjnych (Załącznik 3.A.1, poz. 343), gdzie cena podawana przez konsorcjum wzrasta „akurat" w Przedziale Prognozowanym, po to, by opaść w następnym przedziale nakładu. Ceny te są następujące: 2,51 zł, 2,21 zł, 2,16 zł, 1,25 zł, 0,96 zł, 1,90 zł, 0,82 zł (średnia: 0,1,69 zł).

W ocenie odwołującego cena podawana przez konsorcjum w Przedziałach Prognozowanych stanowi dla tego wykonawcy cenę rentowną, po której wykonawca ten jest

gotów zrealizować zamówienie, jednak ceny podawane w pozostałych przedziałach stanowią

ceny manipulacyjne i służą jedynie temu, by arytmetycznie zaniżyć cenę ofertową.

Stanął na stanowisku, że oferując w tych mniej prawdopodobnych przedziałach cenę niższą konsorcjum niewiele traci, gdyż wedle zasad prawdopodobieństwa arkusze z tych właśnie „tańszych" przedziałów nie będą zamawiane.

Odwołujący uznał, że zjawisko podwyższania cen przy Przedziałach Prognozowanych jest na tyle powszechne (z jednoczesnym zaniżeniem cen w pozostałych nakładach), że można stwierdzić, iż konsorcjum uczyniło z tego metodę/system kształtowania cen na potrzeby uzyskania mniejszej ceny ofertowej.

Zdaniem odwołującego zabieg zastosowany przez konsorcjum stanowi przejaw całkowicie nienaturalnego kształtowania cen w oderwaniu od ich rzeczywistej wagi i gospodarczych podstaw ich kształtowania, w żaden bowiem sposób nie da się uzasadnić przyczyn rażącego wzrostu cen i to akurat tylko przy Przedziałach Prognozowanych - ceny te wzrastają w niektórych przypadkach nawet o 120 % i więcej w stosunku do pułapu cen zaproponowanych przy sąsiednich przedziałach nakładów. Stwierdził, że dla kształtowania cen przez konsorcjum nie da się znaleźć racjonalnej i znajdującej usprawiedliwienie przyczyny oprócz chęci wpłynięcia na cenę oraz na system kryteriów oceny ofert.

Odwołujący posłużył się nadto następującymi przykładami:

Przykłady A - najbardziej standardowe i najczęściej spotykane

Przykład 1

W Załączniku nr 1.A.1 do oferty w poz. 1 i 2 konsorcjum wpisało m.in. następujące

dane dotyczące ceny:

Prognozowana liczba arkuszy	Cena jedn brutto dla nakładu od 1 do 20	Cena jedn brutto dla nakładu od 21 do 200	Cena jedn brutto dla nakładu od 201 do 1000	Cena jedn brutto dla nakładu od 1001 do 5000	Cena jedn brutto dla nakładu od 5001 do 25000	Cena jedn brutto dla nakładu od 25001 do 140000	Cena jedn brutto dla nakładu od 140001 i więcej	Średnia arytmetyczna cen
190.120	2,32	2,06	2,01	1,85	0,95	0,81	1,50	1,65

Stwierdził, że konsorcjum zaproponowało cenę 1,50 zł za jeden arkusz przy nakładzie przekraczającym 140.000 egzemplarzy i widać tutaj nienaturalny „wzrost" ceny w stosunku do ceny zaproponowanej dla nakładu w przedziałach 25.001-140.000 - cena w nakładzie powyżej 140.000 egzemplarzy wzrasta aż o 85 % w stosunku do ceny w poprzednim przedziale nakładu.

Przykład 2

W Załączniku nr 2.A.1 do oferty w poz. 1 (Egzamin Gimnazjalny - kwiecień 2019 r., materiał GH-H1- 192 Wersja A i wersja B) materiał GH-H1-192 Wersja A i wersja B)

konsorcjum wpisało m.in. następujące dane dotyczące ceny:

Prognozowana liczba arkuszy	Cena jedn brutto dla nakładu od 1 do 20	Cena jedn brutto dla nakładu od 21 do 200	Cena jedn brutto dla nakładu od 201 do 1000	Cena jedn brutto dla nakładu od 1001 do 5000	Cena jedn brutto dla nakładu od 5001 do 25000	Cena jedn brutto dla nakładu od 25001 do 140000	Cena jedn brutto dla nakładu od 140001 i więcej	Średnia arytmetyczna cen
183.300	2,51	1,60	1,58	1,92	1,03	0,90	2,10	1,66

Stwierdził, że konsorcjum zaproponowało cenę 2,10 zł za jeden arkusz przy nakładzie przekraczającym 140.000 egzemplarzy - tutaj także można zaobserwować nienaturalny „wzrost" ceny w stosunku do ceny zaproponowanej dla nakładu w przedziałach 25.001-140.000 - cena w nakładzie powyżej 140.000 egzemplarzy w tym przypadku jest większa aż o 122 % w stosunku do ceny w poprzednim przedziale nakładu.

Dodał, że w roku 2016 tożsamy materiał egzaminacyjny (Załącznik 1a, Egzamin Gimnazjalny - kwiecień 2017 r.), jak w podanym tu przykładzie tj. GH-H1-172 Wersja A i B został wyceniony w sposób następujący:

Prognozowana liczba arkuszy	Cena jedn brutto dla nakładu od 1 do 100	Cena jedn brutto dla nakładu od 101 do 500	Cena jedn brutto dla nakładu od 501 do 1000	Cena jedn brutto dla nakładu od 1001 do 10000	Cena jedn brutto dla nakładu od 10001 do 50000	Cena jedn brutto dla nakładu od 50001 do 100000	Cena jedn brutto dla nakładu od 100001 do 200.000 i więcei	Średnia arytmetyczna cen
183.300	9,00	7,00	6,20	5,00	3,30	3,00	2,80	5,19

Uznał, że konsorcjum w 2016 roku skalkulowało cenę według zasady „im większy nakład tym mniejsza cena", bez żadnych manipulacji.

Wskazał, że mechanizm kształtowania ceny przez konsorcjum skutkuje tym, że gdy zamawiający w Przykładzie 1 zamówi 140.000 egzemplarzy zapłaci 113.400 zł netto, gdy zaś zamówi 140.001 egzemplarzy zapłaci za zamówienie już 210.001,50 zł netto, w Przykładzie 2, gdy zamawiający zamówi 140.000 arkuszy zapłaci 126.000 zł, w sytuacji jednak, gdy zamówi 140.001 arkuszy zapłaci za nie 294.002,1 zł, co - wedle odwołującego - jest trudne do zaakceptowania.

W ocenie odwołującego powyższe wyniki nie są rezultatem jakichkolwiek wyliczeń ekonomicznych, a jedynie skutkiem czystej inżynierii cenowej po stronie konsorcjum; wynik ten dowodzi też, że ceny podane w innych przedziałach aniżeli Przedział Prognozowany są

cenami fikcyjnymi (czysto manipulacyjnymi).

Odwołujący oświadczył, że w formularzach cenowych przystępującego można znaleźć dziesiątki tego typu przykładów.

Przykłady B - Przedział Prognozowany znajduje się w środku tabeli cenowej.

Przykład 1

W Załączniku nr 3.A.1 do oferty w poz. 343 konsorcjum wpisało m.in. następujące dane dotyczące ceny:

Prognozowana
liczba arkuszy

Cena

jedn brutto
dla nakładu
od 1 do 20

Cena

jedn brutto
dla nakładu
od 21 do

Cena

jedn brutto
dla nakładu

Średnia

arytmetyczna

cen

Cena

jedn brutto
dla nakładu

Cena

jedn brutto
dla nakładu

Cena

jedn brutto
dla nakładu

Cena

jedn brutto
dla nakładu

od 201 do 1000	od 1001 do 10000	od 10001 do 30000	od 30001 do 80000	od 80001 i więcej
72.500	2,51	2,21	2,16	1/25
0,96	1,90	0,82	1,69	

Stwierdził, że konsorcjum zaproponowało cenę 1,90 zł za jeden arkusz przy nakładzie przekraczającym 80.000 egzemplarzy - widać tutaj nienaturalny „wzrost" ceny w stosunku do ceny zaproponowanej dla nakładu w przedziałach 10.001-30.000 - cena w nakładzie powyżej 30.000 egzemplarzy wzrasta aż o 97,91 % w stosunku do ceny w poprzednim przedziale nakładu. Zaznaczył, że mechanizm kształtowania ceny przez konsorcjum w praktyce prowadzi do absurdalnych wyników cenowych przy realizacji zamówienia - gdy zamawiający w Przykładzie 1 zamówi prognozowaną ilość arkuszy 72.500 egzemplarzy zapłaci 137.750 zł, gdy zaś zamówi 80.001 egzemplarzy zapłaci za zamówienie 65.600,82 zł, co oznacza, że zamawiający, zamawiając więcej niż prognozuje zapłaci dużo mniej za zamówienie.

Przykład 2

W Załączniku nr 4.A.1 do oferty w poz. 1 (Centralny Egzamin Wstępny, czerwiec 2019, materiał egzaminacyjny: MMA-P1_1P-193) Konsorcjum WZKart wpisało m.in. następujące dane dotyczące ceny:

Prognozowana liczba arkuszy	Cena jedn brutto dla nakładu od 1 do 50	Cena jedn brutto dla nakładu od 51 do 100	Cena jedn brutto dla nakładu od 101 do 200	Cena jedn brutto dla nakładu od 201 do 300	Cena jedn brutto dla nakładu od 301 do 442 i więcej	Średnia arytmetyczna cen
110	3,46	3,46	14,15	3,46	3,46	5,60

Wskazał, że konsorcjum zaproponowało cenę 14,15 zł za jeden arkusz przy nakładzie odpowiadającym Przedziałowi Prognozowanemu, cena w Przedziale Prognozowanym jest większa o 308 % w stosunku do pozostałych, mniej prawdopodobnych nakładów i, podkreślił, cena w Przedziale Prognozowanym radykalnie wzrasta, by opaść do poprzedniego poziomu w kolejnym przedziale nakładu.

Dodał, że w roku 2016 tożsamy materiał egzaminacyjny (Centralny Egzamin Wstępny, czerwiec 2017, załącznik 3a), jak w podanym tu przykładzie tj. MMA-P1_1P-173 został wyceniony w sposób następujący:

Prognozowana liczba arkuszy	Cena jednostkowa brutto dla nakładu od 1 do 50	Cena jednostkowa brutto dla nakładu od 51 do 100	Cena jednostkowa brutto dla nakładu od 101 do 200	Cena jednostkowa brutto dla nakładu od 201 do 300	Cena jednostkowa brutto dla nakładu od 301 do 4421 więcej	Średnia arytmetyczna cen
110	35,00	26,40	22,50	16,00	11,50	22,28

Ocenił, że przykład cen z 2016 roku wskazuje, że w 2016 roku konsorcjum

kalkulowało cenę według zasady „im większy nakład tym mniejsza cena", bez żadnych manipulacji.

Załączył fragment formularza ofertowego konsorcjum z 2016 roku w zakresie dotyczącym Centralnego Egzaminu Wstępnego - czerwiec 2017 roku na okoliczność kształtowania przez konsorcjum w 2016 roku cen na zasadzie „im większy nakład tym mniejsza cena";

Przykład 3:

W Załączniku nr 3.A.1 do oferty w poz. 168 konsorcjum wpisało m.in. następujące dane dotyczące ceny:

Prognozowana liczba arkuszy	Cena jedn brutto dla nakładu od 1 do 20	Cena jedn brutto dla nakładu od 21 do 200	Cena jedn brutto dla nakładu od 201 do 1000	Cena jedn brutto dla nakładu od 1001 do 10000	Cena jedn brutto dla nakładu od 10001 do 30000	Cena jedn brutto dla nakładu od 30001 do 80000	Cena jedn brutto dla nakładu od 80001 i więcej	Średnia arytmetyczna cen
15.500	2,70	2,36	2,30	1,43	2,30	1,02	0,91	1,86

Wskazał, że konsorcjum zaproponowało cenę 2,30 zł za jeden arkusz przy nakładzie odpowiadającym Przedziałowi Prognozowanemu, cena w Przedziale Prognozowanym jest większa o około 60 % w stosunku do pozostałych, mniej prawdopodobnych nakładów i - co podkreślił - cena w Przedziale Prognozowanym radykalnie wzrasta, by opaść do poziomu o więcej niż połowę mniejszego w kolejnym przedziale nakładu.

Ocenił, że zaprezentowane sposoby kształtowania cen nie znajdują żadnego ekonomicznego uzasadnienia, nie sposób wytłumaczyć w żaden ekonomicznie uzasadniony sposób dlaczego w jednym z przedziałów cenowych i to akurat tym, który jest Przedziałem Prognozowanym cena radykalnie wzrasta.

Uzupełnił, że konsorcjum nie stosowało zabiegów manipulacyjnych przy cenach w ubiegłych latach, gdy samodzielnie startowało w przetargach organizowanych przez zamawiającego.

Do odwołania załączył kopię części formularza cenowego konsorcjum z 2016 r. w zakresie dotyczącym egzaminu gimnazjalnego i maturalnego na okoliczność braku manipulacji cenami w latach ubiegłych przez konsorcjum.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią 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; aby doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy niezbędne jest kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

- działanie poddane ocenie musi być podjęte w związku z działalnością gospodarczą;
- czyn ten musi być sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami;
- czyn ten musi zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Stanął na stanowisku, że wszystkie ww. przesłanki zostały spełnione w niniejszej sprawie z następujących względów:

Przesłanka pierwsza (działanie podjęte w związku z działalnością gospodarczą) nie wymaga specjalnego dowodzenia i jej spełnienie jest oczywiste w niniejszej sprawie.

Przesłanka druga (sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami) także jest spełniona z uwagi na fakt, iż złożenie przez konsorcjum oferty z cenami zmanipulowanymi, zaniżonymi i ułożonymi w celu uzyskania niższej ceny ofertowej jest sprzeczne z dobrymi obyczajami.

Podniósł, że pojęcie „dobrych obyczajów" jest pojęciem nieostrym, które winno być

weryfikowane każdorazowo w okolicznościach konkretnej sprawy.

Powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

- wyrok KIO z dnia 17 października 2016 r., KIO 1823/16: „Izba w składzie rozpoznającym odwołanie nie ma wątpliwości, że sztuczne, oderwane od realiów gospodarczych ustalenie wartości jednostkowych składających się na cenę oferty, podjęte w celu uzyskania bardziej korzystnych warunków wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jest bowiem działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami kupieckimi oraz naruszającym interesy innych uczestników rynku, którzy ceny swoich ofert obliczają rzetelnie.";

- wyrok KIO z 28 czerwca 2017 r., KIO 1123/17: „Ustalenie odrębnie ocenianych w SIWZ cen na poziomie który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek kosztów, wyłącznie po to aby wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktację narusza dobre obyczaje kupieckie. Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców.";

- wyrok KIO z dnia 28 marca 2017 r., KIO 473/17: „Ceny poszczególnych elementów oferty, również muszą odzwierciedlać realne dla nich koszty, przynajmniej do poziomu, który pozwala na taką ocenę. Za czyn nieuczciwej konkurencji może być poczytane takie rozkładanie kosztów oferty, przykładowo, które wskazuje na lokowanie przeważających kosztów na wstępny etap umowy, nie związany z postępem prac, lub wręcz dający możliwość odstąpienia od realizacji umowy przez wykonawcę po pobraniu wynagrodzenia nieadekwatnego do zakresu wykonanych prac, co również zdarzało się w praktyce zamówień publicznych. Przejawem manipulacji cenowej nie jest jedynie przyjmowanie rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty - w niegodziwym celu - wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące na taki zamiar - odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen - bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania.";

- wyrok KIO z dnia 5 lutego 2017 r., KIO 132/17: „Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania odwołującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. jest "manipulowanie" proporcjami poszczególnych usług; a w konsekwencji ich ceną i w konsekwencji ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie. Ponieważ takie 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, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ."

Uznał na powyższej podstawie, że manipulowanie proporcjami poszczególnych usług i w konsekwencji ich ceną w celu uzyskania zamówienia przesądza o naganności postępowania danego wykonawcy. Podkreślił, że KIO za działania naganne i tym samym sprzeczne z dobrymi obyczajami uznawała nie tylko podawanie rażąco niskiej ceny, ale także podawanie ceny bez powiązania jej z realnymi kosztami uzyskania.

Stwierdził, że konsorcjum w sposób oczywisty dopuściło się manipulowania cenami jednostkowymi w celu uzyskania zamówienia, nie sposób bowiem dostrzec w zabiegach tego wykonawcy innych motywów działania; ukształtowany przez konsorcjum system kształtowania cen jednostkowych przy znacznych nakładach godził też w ukształtowane przez zamawiającego kryteria oceny ofert.

Uznał, że konsorcjum sprawiło, że kryterium oceny ofert w postaci „ceny ofertowej" i jego waga - wbrew intencjom zamawiającego - przestało mieć realne znaczenie; przy zastosowanym przez konsorcjum mechanizmie kształtowania cen jednostkowych przestała funkcjonować zasada proporcjonalności wynikająca z formuł matematycznych, jakie zamawiający zastosował w procesie przyznawania punktów w poszczególnych kryteriach - zdaniem odwołującego cena ofertowa po manipulacji konsorcjum przestała odgrywać jakąkolwiek rolę wskaźnikową.

Wskazał, że dodatkowym dowodem na manipulację ceną ofertową ze strony konsorcjum jest też odwrócenie proporcji ceny prognozowanej oraz ceny ofertowej - z natury rzeczy cena ofertowa powinna być ceną co najmniej równą lub wyższą, co obrazuje następująca tabela wskazująca na sposób ukształtowania obu cen (kryteriów oceny ofert) w ofertach WZKart składanych zamawiającemu w ubiegłych latach:

Oferty na lata	Prognozowana cena brutto (PCB)	Cena ofertowa (CO)	Komentarz
2015	36.942.182,33 zł	68.774.931,70 zł	
2016	34.101.399,55 zł	56.030.108,74 zł	
2017	33.627.226,63 zł	41.070.781,93 zł	
2018-2019	37.439.281,33 zł	37.297.806,23 zł	Pierwsza oferta, w której cena ofertowa jest niższa - obecne postępowanie.

Zdaniem odwołującego praktyka kształtowania cen jednostkowych zastosowana przez konsorcjum jest wysoce naganna i w sposób oczywisty sprzeczna z dobrymi

obyczajami kupieckimi i zasadami uczciwej konkurencji.

Stwierdził, że przesłanka trzecia (naruszenie/zagrożenie interesów) określona w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji została także spełniona. Wskazał, że przepis art. 3 ust. 1 ww. ustawy znajduje bowiem zastosowanie, gdy dojdzie do „naruszenia lub zagrożenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta". Stwierdził, że złożenie oferty przez konsorcjum zagraża nie tylko interesom odwołującego (inny przedsiębiorca), ale także interesom samego zamawiającego (klient).

Wyjaśnił, że manipulacja cenami jednostkowymi ze strony WZKart zagraża interesom odwołującego, gdyż pozbawia go możliwości uczciwego konkurowania przy zdobyciu zamówienia, ograniczając jego prawo do zdobycia zamówienia publicznego oraz zagraża jednocześnie interesom zamawiającego, gdyż zmusza go do oceny ofert nie wedle wybranych przez niego kryteriów i ich wagi (proporcjonalności), ale według zasad narzuconych przez tego wykonawcę.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2017 r. (KIO 1123/17), zgodnie z którym: „Zaakceptowanie takich mechanizmów oznaczałoby przyzwolenie, aby w systemie zamówień publicznych miało miejsce nie konkurowanie jakością czy ceną, ale swoista inżynieria cenowa. Uznanie, że opisane wyżej działanie nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 3 ust. 1 uznk, prowadziłoby do wynaturzeń pozbawiających sensu ekonomicznego cały system zamówień publicznych, a tym samym zagraża możliwości wygrania przetargu."

Podkreślił, że okoliczność, że oferta konsorcjum okazałaby się ofertą korzystniejszą ekonomicznie dla zamawiającego, nie powinna stać na przeszkodzie w odrzuceniu tej oferty z powodu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przez tego wykonawcę.

Powołał się na wyrok KIO z 28 czerwca 2017 r. (KIO 1123/17): „Nie zmienia tej oceny fakt, że w tej konkretnej sprawie, przy korzystnym zbiegu okoliczności oferta przystępującego może się okazać ofertą ekonomicznie korzystniejszą od oferty odwołującego. Rzeczywiście, przy założeniu, zgodnie z którym w trakcie realizacji nie ulegnie zmniejszeniu ilość przeszacowanych przez niego usług w grupach A i B i nie wzrośnie wolumen wycenionych symbolicznie usług grupy C i D, jego oferta może okazać się korzystniejsza ekonomicznie. Powyższe wynikało z zestawienia sporządzonego przez przystępującego i złożonego na rozprawie. W ocenie Izby o naganności postępowania przystępującego świadczy sam mechanizm zastosowany przez przystępującego. Nawet gdyby założyć, że akurat w tym przypadku wyłączenie działania niektórych kryteriów nie doprowadziłoby do wyboru oferty mniej korzystnej ekonomicznie, co jest najczęstszym efektem takich manipulacji, to nie jest to okoliczność mogąca zmienić sposób kwalifikacji zachowania przystępującego."

Podsumował, że w tym stanie rzeczy oferta konsorcjum winna podlegać odrzuceniu już z uwagi na sam fakt zastosowania mechanizmu manipulacji ceną w formularzach ofertowych.

Podniósł dalej, że ze względu na wybór przez zamawiającego oferty konsorcjum,

której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji oczywistym jest także, że poprzez to doszło również do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych

skodyfikowanych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - uznanie przez zamawiającego za

najbardziej korzystną oferty wykonawcy, który dopuścił się manipulacji cenami w celu

uzyskania zamówienia z pominięciem faktu, iż złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji stanowi w sposób oczywisty o naruszeniu zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaoferowania przez konsorcjum rażąco niskiej ceny odwołujący stwierdził, że oferta konsorcjum winna podlegać odrzuceniu także z uwagi na zaoferowanie przez tego wykonawcę rażąco niskiej ceny, w tym zwłaszcza rażąco niskiej ceny dotyczącej dystrybucji paczek. W ocenie odwołującego cena dystrybucji paczek zaoferowana przez konsorcjum nie zawiera i, z uwagi na jej wysokość, nie może zawierać kosztów pozostałych usług związanych z dystrybucją paczek.

Oświadczył, że w ubiegłych latach konsorcjum realizowało na rzecz zamawiającego niemalże tożsame zamówienia (różnica dotyczy egzaminu ósmoklasisty i egzaminu gimnazjalnego, co - oświadczył odwołujący zostało uwzględnione w tabeli).

Podał, że prognozowana cena brutto, jak i cena ofertowa w porównaniu do obecnie

złożonej oferty kształtowały się następująco:

Oferty na lata	Prognozowana cena brutto (PCB)	Komentarz	Cena ofertowa (CO)	Komentarz
2014	31.490.270,30 zł		bd	
2015	36.942.182,33 zł		68.774.931,70 zł	
2016	34.101.399,55 zł		56.030.108,74 zł	
2017	33.627.226,63 zł		41.070.781,93 zł	
Średnia cena z lat 2014-2017	34.040.269,70 zł	0 % (punkt porównawczy)	55.291.940,79 zł	0 % (punkt porównawczy)
2018	27.742.749,69 zł	PCB niższa o 20 % od średniej ceny poprzednich ofert	28.484.397,08 zł	CO niższa o 48 % od średniej ceny poprzednich ofert
2019	17.046.878,53 zł(bez egzaminu ósmoklasisty)	PCB niższa o 50 % od średniej ceny poprzednich ofert	16.868.765,68 zł	CO niższa o 69 % od średniej ceny poprzednich ofert
Oferta na 2020	15.534.907,05 zł (bez egzaminu gimnazjalnego)	PCB niższa o 55 % od średniej ceny poprzednich ofert	15.453.709,43 zł	CO niższa o 72 % od średniej ceny poprzednich ofert

Uznał, że analiza tabeli nasuwa dwa wnioski: (i) w ofercie na lata 2019-2020 doszło do drastycznej obniżki zarówno prognozowanej ceny brutto, jak i ceny ofertowej, (ii) rażący spadek ceny ofertowej nie jest powiązany z tempem spadku prognozowanej ceny brutto, co wskazuje na manipulacje przy wyliczaniu tej ceny (co pisano powyżej).

Oświadczył, że nie zna argumentów konsorcjum przedstawionych w odpowiedzi na żądanie zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny, niemniej jednak - zdaniem odwołującego - w niniejszej sprawie miały miejsce zdarzenia, które wskazują ewidentnie na zastosowanie rażąco niskiej ceny i są one następujące:

- cena prognozowana konsorcjum spadła o 50 % w stosunku do średniej ceny prognozowanej zaproponowanej w latach ubiegłych,

- cena ofertowa konsorcjum spadła o 70 % w stosunku do średniej ceny ofertowej zaproponowanej w latach ubiegłych,

- cena dystrybucji paczek spadła (w zależności od przedziału wagowego) od 28 % do

37,5 % w stosunku do cen dystrybucji paczek zawartych w ofercie złożonej w 2017 r.

Uznał, że istotnie wyższe ceny z lat ubiegłych wskazują, iż konsorcjum musi posiadać bardzo wysokie koszty swej działalności, gdyż nie podobna wręcz przyjąć, że w ubiegłych latach całą tę nadwyżkę stanowiła marża.

Stwierdził, że spadki cen widoczne w obecnej ofercie konsorcjum, a zwłaszcza koszty usług dystrybucji paczek dziwią szczególnie zwłaszcza w obliczu rosnących cen kosztów pracy (stały systematyczny wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę, na które szczególnie podatna jest Poczta Polska - podwykonawca WZKart). Podał, że płaca minimalna rosła w Polsce w ubiegłych latach w następujący sposób: rok 2015 - 1750 zł, rok 2016 - 1850 zł, rok 2017 - 2000 zł, rok 2018 - 2100 zł i w kolejnych latach płaca ta także będzie wzrastać. Uzupełnił, że ceny usług pocztowych rosną i wysoce wątpliwym jest uzyskanie od Poczty Polskiej cen za dystrybucję paczek na lata 2019-2020 według pułapu cenowego zaproponowanego przez konsorcjum WZKart, ponieważ konsorcjum za dystrybucję paczek zaproponowało nie tylko ceny istotnie niższe niż np. w roku ubiegłym (od 28 % do 37,5 %), ale także nie uwzględniło wzrostu wynagrodzeń w zakresie płacy minimalnej w latach przyszłych, co będzie miało ewidentny wpływ na usługi Poczty Polskiej.

Stwierdził nadto, że konsorcjum nie uwzględniło także w cenach dystrybucji paczek takich kosztów jak: koszt przeprowadzenia procedury awaryjnej, koszt utrzymania centrum monitoringu, transport paczek do jednostek Poczty Polskiej, transport zwrotny paczek przechowywanych w ramach procedury awaryjnej dokonywany przez Pocztę Polską, czy też kosztów ubezpieczenia transportów.

Ocenił, że wszystkie te okoliczności wskazują, że cena za dystrybucję paczek zaoferowana przez konsorcjum jest ceną nierentowaną, nierealną i niemożliwą do osiągnięcia poniżej kosztów świadczonej usługi oraz, ze zaoferowanie przez konsorcjum tak niskich cen, w tym zwłaszcza cen za dystrybucję paczek rodzi istotną obawę zagrożenia wykonania przyszłej umowy z zamawiającym.

Odwołujący dodatkowo wskazał, że rażąco niska cena zaproponowana w ofercie konsorcjum wynika także ze sprawozdania finansowego Spółki WZKart za rok 2017 i rok 2016. Oświadczył, że z tytułu realizacji tożsamego zamówienia na rzecz zamawiającego w roku 2017 Spółka WZKart wystawiła faktury na łączną kwotę 25.180.356,83 zł netto, tymczasem, z rachunku zysków i strat spółki wynika, że za rok 2017 r. osiągnęła ona przychody netto w kwocie 26.426.948,80 zł. Stwierdził, że zestawienie obu ww. kwot wskazuje, że 95,28 % przychodów spółki jest generowane na skutek współpracy z zamawiającym, co oznacza, że po pierwsze egzystencja tej spółki jest zależna od współpracy z zamawiającym, a po drugie, wyniki finansowe podane w rachunku zysków i strat przenoszą się niemal w całości na bilans współpracy z zamawiającym (koszty i przychody). Podkreślił, że istotny jest także poziom kosztów, jakie odnotowała spółka

WZKart w roku 2016 i 2017, są to odpowiednio kwoty 25.077.487,03 zł za rok 2016 i 25.408.795,80 zł za rok 2017; w kwocie kosztów, koszty usług obcych za rok 2016 wynosiły 18.514.925,46 zł, a za rok 2017 wynosiły 19.121.959,00 zł - oznacza to, że za lata 2016-2017 spółka WZKart zapłaciła za usługi obce kwotę w wysokości 37.636.884,46 zł.

W ocenie odwołującego przy takim poziomie kosztów usług obcych niemożliwością jest, aby oferta złożona w postępowaniu na lata 2019-2020 na kwotę 30.438.440,10 zł netto nie zawierała rażąco niskiej ceny dla tego wykonawcy, ponieważ oczywistym jest, że oferuje on w niniejszym postępowaniu cenę poniżej swoich możliwości, co stanowi istotne zagrożenie dla stabilności oraz na jakości wykonywania przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na zakończenie stwierdził, że model biznesowy Spółki WZKart przejawiający się w całkowitym uzależnieniu przychodów spółki od współpracy z zamawiającym nakazuje zachować szczególną ostrożność względem cen oferowanych przez konsorcjum WZKart; konsorcjum to zaoferowało cenę odstającą od warunków rynkowych po to, by za wszelką cenę utrzymać zamówienia płynące ze strony zamawiającego - poprzez stosowaną obecnie politykę cenową wykonawca ten wręcz dąży do tego, aby wyeliminować innych konkurentów, gdyż waży to na przyszłej egzystencji lidera konsorcjum.

Do odwołania załączył kopię rachunku zysków i strat spółki Wojskowe Zakłady Kartograficzne Sp. z o.o. za okres 1 stycznia 2017 - 31 grudnia 2017 r. na okoliczność wysokości przychodów oraz kosztów osiąganych przez tę spółkę w latach 2016 i 2017 r.;

Do odwołania załączył kopie faktur nr 30/U/2017, 32/U/2017, 43/U/2017, 44/U/2017, 76/U/2017, 46/U/2017 na okoliczność wystawienia przez spółkę WZKart w 2017 r. na zamawiającego faktur na łączną kwotę 25.180.365,83 zł netto.

Uznał, że stosowanie przez konsorcjum rażąco niskich cen stanowi także czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 15 ust. 1 pkt. 1 uznk, gdyż utrudnia odwołującemu dostęp do rynku, poprzez sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, nacechowany wolą eliminacji odwołującego z realizacji zamówienia zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 17 września 2018 r., w tym dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odwołania z dnia 10 września 2018 r. wraz z załącznikami, Odpowiedzi na odwołanie - pismo zamawiającego z dnia 18 września 2018 r., Pisma procesowego przystępującego z dnia 19 września 2018 r., materiałów (tabelarycznych opracować własnych) złożonych przez uczestników postępowania na rozprawie, a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił w dalszej kolejności, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie przez zamawiającego czynności badania i oceny oferty przystępującego - zaniechanie jej odrzucenia oznacza, że odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby uznał, że nie zasługują na uwzględnienie wnioski odwołującego o zwrot stanowiska pisemnego przystępującego albo o nakazanie przystępującemu przekazania odwołującemu stanowiska w wersji obejmującej informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego.

Wniosek pierwszy pozbawiłby przystępującego prawa prezentowania jego stanowiska nie tylko ustnie na rozprawie, ale także poprzez złożenie pisma procesowego.

Wniosek drugi naruszałby prawo przystępującego do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa i to w odniesieniu do informacji, które uprzednio zostały już skutecznie przez niego zastrzeżone w ramach złożonych wyjaśnień na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Jednocześnie oddalenie wniosków w żaden sposób nie ograniczało prawa odwołującego do odniesienia się do pisemnego stanowiska przystępującego.

Odwołującemu umożliwiono, poprzez zarządzenie przerwy w posiedzeniu, zapoznanie się z pisemnym stanowiskiem przystępującego. Odwołujący miał też możliwość, wobec przypisania poszczególnym częściom pisma odrębnej od numeracji stron punktacji (zaburzonej przez brak informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa), odniesienia się do pisemnego stanowiska przystępującego, w szczególności odwołujący mógł odwołać się do tejże punktacji.

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że wskazany sposób prezentacji stanowiska uczestnika postępowania odwoławczego jest bardzo częsty wykorzystywany w postepowaniach przed Izbą.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego pomimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Stan faktyczny nie był między stronami sporny. Strony odmiennie natomiast oceniały sposób kalkulacji cen przyjęty przez przystępującego (konsorcjum), tj. zaoferowanie wysokich cen w przedziałach prognozowanych i cen niskich w innych, zwłaszcza sąsiadujących przedziałach.

Odwołujący wskazał, że „Aby doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 uznk niezbędne jest kumulatywne spełnienie następujących przesłanek: - działanie poddane ocenie musi być podjęte w związku z działalnością gospodarczą; - czyn musi być sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami; - czyn ten musi zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy (tu: Odwołującego) lub klienta (tu: Zamawiającego). (str. 15, pkt 2.2., drugi akapit odwołania).

Spełnienia przesłanki sprzeczności działań przystępującego z dobrymi obyczajami odwołujący upatrywał w tym, iż przystępujący pozostawił „jako najwyższą cenę w przedziałach, które odpowiadają nakładowi prognozowanemu przez Zamawiającego i sztucznie ją obniżając w pozostałych przedziałach nakładów" (str. 5 pkt 2 drugi akapit odwołania), kwalifikując to jako „manipulację cenami jednostkowymi" albo „inżynierię cenową".

Konieczną była więc ocena zachowania przystępującego przez pryzmat klauzuli generalnej, na którą powołał się odwołujący, o której mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przy czym podnieść należy, że to na odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia zarzutu - w odniesieniu do tego zarzutu ciężar dowodowy podlega normalnemu rozkładowi wynikającemu z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp i obciąża odwołującego.

Skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nie udowodnił, że działania przystępującego były sprzeczne z dobrymi obyczajami.

Odwołujący przyjął, iż przystępujące konsorcjum „w sposób oczywisty dopuściło się manipulowania cenami jednostkowymi w celu uzyskania zamówienia. Nie sposób bowiem dostrzec w zabiegach tego wykonawcy innych motywów działania." (str. 17 ostatni akapit).

Dostrzec należy, że „W doktrynie wskazuje się, że „dobre obyczaje" należy oceniać przez pryzmat ekonomiczno-funkcjonalny, co oznacza, że konkurowanie przedsiębiorców ma opierać się na elemencie rywalizacji cenowej i jakościowej" (wyrok z 17 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2091/16).

W przedmiotowej sprawie elementem rywalizacji cenowej było uwzględnienie przez każdego wykonawcę przy kalkulacji cen jednostkowych ryzyka wykonania arkuszy w poszczególnych przedziałach.

W przypadku oferty przystępującego wysokim cenom jednostkowym w przedziałach prognozowanych „towarzyszą" niskie ceny jednostkowe w pozostałych przedziałach, co - w ocenie składu orzekającego Izby - uzasadnia wniosek o przyjęciu przez przystępującego, że realizacja zamówienia nastąpi według wysokich cen jednostkowych nakładów prognozowanych, a jednocześnie przyjęciu ryzyka realizacji zamówienia po owych niskich cenach w przypadku, gdy realizacja zamówienia nastąpi według nakładów innych niż prognozowane. Podkreślić przy tym należy, że (o czym mowa w zarzucie następnym), że zarzut zaoferowania cen rażąco niskich przez przystępującego nie potwierdził się.

W ocenie składu orzekającego Izby fakt, że przystępujące konsorcjum „zaproponowało przy nakładach w Przedziałach Prognozowanych ceny rażąco wyższe od cen zaproponowanych przy pozostałych ilościach nakładów" (str. 6 pierwszy akapit odwołania) - które to niskie ceny nie są jednak cenami rażąco niskimi uzasadnia wniosek, że w przypadku cen jednostkowych dla nakładów prognozowanych przystępujący uwzględnił odpowiednio wyższy zysk, w czym nie należy upatrywać czynu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do tego, iż „rynkowe i powszechnie przyjęte zasady kształtowania cen przy podobnych usługach/dostawach są takie, że cena z natury rzeczy maleje wraz ze wzrostem nakładu" (str. 6 pierwszy akapit odwołania) skład orzekający Izby wskazuje, że postanowienia SIWZ nie narzucały kalkulacji ceny wg konkretnego modelu/mechanizmu oraz, na co wskazywali zamawiający i przystępujący w swoich stanowiskach pisemnych, a czego odwołujący nie kwestionował, że istnieją różne modele kalkulacji ceny niż wskazany przez odwołującego wedle którego „im wyższy nakład tym niższa cena". Nadto także oferta odwołującego (przykłady podał przystępujący na rozprawie) nie została opracowana z konsekwentnym zastosowaniem tegoż modelu.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że wniosek odwołującego, że przyjęty przez przystępującego odmienny sposób kalkulacji cen jednostkowych (inny niż według reguły „im wyższy nakład tym niższa cena") stanowi manipulację nie jest, w okolicznościach niniejszej sprawy, zasadny. Analiza formularzy cenowych przystępującego, potwierdzająca, że przystępujący przyjął odmienny sposób kalkulacji cen jednostkowych, tj. nie przyjął konsekwentnie modelu „im wyższy nakład tym niższa cena" nie przekreśla prawidłowości kalkulacji ceny według innego modelu uwzględniającego ryzyko wykonania zamówienia według nakładów innych niż prognozowane po cenach niskich (w porównaniu do cen jednostkowych dla nakładów prognozowanych), ale cenach, które nie są cenami rażąco niskimi.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego pomimo, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz pomimo, iż wyjaśnienia przystępującego były w tym zakresie niewystarczające nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Przystępujący zaoferował łączną prognozowaną cenę brutto w 2019 i 2020 roku w wysokości 37 439 281,33 zł, łączną cenę ofertową w wysokości 37 297 806,23 zł oraz maksymalne wynagrodzenie w wysokości 39 311 245,40 zł (22 966 524,56 zł plus 16 344 720,84 zł) (po dokonaniu w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych i ich konsekwencji - pismo zamawiającego do Przystępującego z dnia 27 lipca 2018 r.).

Odwołujący zaoferował łączną prognozowaną cenę brutto w 2019 i 2020 roku w wysokości 42 966 101,01 zł, łączną cenę ofertową w wysokości 43 198 951,12 zł oraz maksymalne wynagrodzenie w wysokości 45 114 406,06 zł (26 228 203,71 plus 18 886 202,35 zł).

Przystępujący (tak też odwołujący) został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień co do zaoferowanych cen.

Pismem z dnia 31 lipca 2018 r. zamawiający wezwał przystępującego, z powołaniem się na przepis art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień co do wynagrodzenia maksymalnego oraz co do elementu składowego, tj. cen dystrybucji materiałów egzaminacyjnych, posługując się zestawieniem tabelarycznym dotyczącym dystrybucji materiałów egzaminu maturalnego w maju 2019 roku oraz wskazując, że „Cena zaoferowana przez Wykonawcę za dystrybucję każdego egzaminu są znacząco niższe (łącznie o 46%) od wartości zamówienia dotyczącego dystrybucji ustalonej przez Zamawiającego."

Nadto zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień co do innego elementu składowego, tj. ceny zabezpieczenia arkuszy egzaminacyjnych przez nieuprawnionym ujawnieniem za pomocą naklejek.

Zarówno przystępujący, jak i odwołujący skutecznie zastrzegli złożone wyjaśnienia jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 30 sierpnia 2018 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze - jako najkorzystniejszej - oferty przystępującego.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności podnieść należy, że szczególny rozkład ciężaru dowodowego przy ocenie przez Izbę zarzutów dotyczących zaoferowania rażąco niskiej ceny, wynikający z przepisu art. 190 ust. 1a ustawy Pzp, nie może prowadzić do pominięcia przez Izbę, przy ocenie w szczególności takiego zarzutu, podstawowej zasady dotyczącej ciężaru

dowodowego, którą rządzi się postępowanie odwoławcze, tj. zasady wynikającej z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten wskazuje, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W świetle tej zasady zatem odwołujący, podnosząc zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego, powinien - dla jego poparcia - wskazać określone dowody lub choćby uprawdopodobnić okoliczności, które stoją u podstaw podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Dostrzec przy tym należy, że odwołujący, stawiając zarzut nie podnosił kwestii jakichkolwiek trudności w sformułowaniu zarzutu i doboru adekwatnej argumentacji, czy dowodów ze względu na skuteczne zastrzeżenie przez przystępującego wyjaśnień złożonych na wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Na poparcie zarzutu odwołujący w sposób enigmatyczny podniósł kilka ogólnych tez i generalnych okoliczności, bez wskazania ich wpływu ("przełożenia") na wysokości zaoferowanych przez przystępującego cen, które nie mogą podważać wyjaśnień i załączonych do nich dowodów, złożonych przez przystępującego zamawiającemu.

Odwołujący zakwestionował zaoferowane przez przystępującego ceny (prognozowane i ofertowe) z tego względu, że ceny takie oferowane przez przystępującego w latach ubiegłych zamawiającemu były „istotnie wyższe" (sformułowanie ze str. 21 czwarty akapit odwołania).

Skład orzekający Izby podnosi, że zamawiający, kierując do przystępującego wezwanie z dnia 31 lipca 2018 r. nie narzucił mu metody, w jaki ten ma udowodnić, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. W szczególności zamawiający nie oczekiwał (i słusznie skoro postępowanie jest nie jest prowadzone w realiach dotyczących lat ubiegłych), że wyjaśnienia wraz z dowodami mają dowodzić zaoferowania ceny realnej w kontekście cen z poprzednich postępowań przetargowych, wobec czego nie można uznać, że brak wyliczeń/kalkulacji odnoszących się do cen lat ubiegłych dyskwalifikuje wyjaśnienia przystępującego i powoduje konieczność uznania, że nie są wystarczające.

Podnieść należy, że ocena ceny wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pod kątem jej rażąco niskiego charakteru może być dokonana wyłącznie na podstawie tychże wyjaśnień, które z kolei winny stanowić adekwatną do oczekiwań zamawiającego, wyartykułowanych w treści wezwania, odpowiedź.

Uwzględniając treść wezwania z dnia 31 lipca 2018 r. stwierdzić należy, że wyjaśniania odniesień do cen z lat poprzednich zawierać nie miały.

Podnieść w dalszej kolejności należy, że samo twierdzenie odwołującego, że różnice te „wskazują ewidentnie na zastosowanie rażąco niskiej ceny„ (str. 21 drugi akapit odwołania) winno zostać przez odwołującego choćby uprawdopodobnione.

Odwołujący wskazał co prawda na wzrost płacy minimalnej w Polsce (wskazując jak płaca ta rosła od roku 2015) oraz podał, że będzie ona rosła w kolejnych latach, to jednocześnie nawet z zestawienia tabelarycznego ujętego przez odwołującego (str. 20 odwołania) wynika, że okoliczność wzrostu płac pozwoliła przystępującemu zaoferować w latach 2015-2017 ceny tak prognozowane, jak i ofertowe, których - co wymaga podkreślenia - odwołujący nie kwestionuje, w tendencji malejącej (2015 - odpowiednio poziom 36,9 mln zł oraz 68,7 mln zł, 2016 - 34,1 mln zł oraz 56 mln zł, 2017 - 33, 6 mln zł oraz 41 mln zł.

Twierdzenia odwołującego, iż przystępujący nie uwzględnił wzrostu wynagrodzeń w zakresie płac minimalnych w latach przyszłych, kosztu przeprowadzenia procedury awaryjnej, czy kosztów ubezpieczenia nie potwierdza treść wyjaśnień przystępującego (skutecznie zastrzeżone), w których uwzględniono wysokość wynagrodzenia z „zapasem", dodatkowo uwzględniono także koszty dodatkowe jak rezerwa (str. 18, 20, 21, 24, 26).

Nie sposób w ogóle uznać, że wyjaśnienia przystępującego nie są wystarczające z tego względu, że nie wskazują odrębnie pewnych kosztów - jak chciałby tego odwołujący - np. kosztu utrzymania Centrum Monitoringu w sytuacji, o czym była mowa powyżej, gdy zamawiający nie narzucił, że taki szczegółowy element mają ujmować wyjaśnienia, a także z tego względu, że opisana przez zamawiającego w poszczególnych załącznikach odnoszących się do poszczególnych zadań (zwykle w pkt. 2.2.) procedura awaryjna obejmowała także obowiązek zapewnienia przez wykonawcę Centrum Monitoringu [tytułem

przykładu: zmodyfikowany Załącznik nr 1 dla Zadania 1A pkt 2.2. Procedura awaryjna zawiera pkt 3): „Wykonawca jest zobowiązany zapewnić Centrum Monitoringu, tj. osobę/-y dyżurującą/-e pod telefonem, faksem i e-mailem alarmowym w dniach dostawy materiałów egzaminacyjnych do szkół od 05:00 do 11:00 w sesji kwietniowej oraz w godzinach od 09:00 do 16:00 w sesji czerwcowej w celu zagwarantowania zgłoszenia Wykonawcy braku dostarczania arkuszy i płyt CD w liczbie wymaganej przez Zamawiającego (...) ”], tym samym wyjaśnienia przystępującego uwzględniające koszty procedury awaryjnej należy uznać za odnoszące się także do kosztów Centrum Monitoringu.

Odwołujący zakwestionował zaoferowane przez przystępującego ceny (prognozowane i ofertowe) także ze względu na dane ze sprawozdania finansowego spółki WZKart za rok 2016 i 2017, wnioskując na ich podstawie, że poziom kosztów usług obcych czyni niemożliwym, aby oferta przystępującego nie zawierała rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do powyższego, abstrahując nawet od faktu, że w przedmiotowym postępowania spółka Wojskowe Zakłady Kartograficzne nie występuje samodzielnie, ale jest członkiem konsorcjum składającego się z trzech podmiotów, których udziału i znaczenia dla przyjętych przez to konsorcjum kosztów nie można pominąć (zwłaszcza wobec wskazanej przez odwołującego, odmiennej od lat ubiegłych strategii realizacji zamówienia, o czym mowa w części zastrzeżonej), skład orzekający Izby podnosi, że poniesione wówczas koszty usług obcych nie mogą być automatycznie przenoszone jako element kalkulacji cen w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

Ocena, czy uwzględnione przez przystępującego koszty w tym koszty usług obcych są kosztami realnymi winna nastąpić w oparciu o wyjaśnienia przystępującego złożone na wezwanie zamawiającego z dnia 31 lipca 2018 r. i taka była podstawa oceny dokonana przez zamawiającego.

Zaprezentowana przez odwołującego argumentacja nie podważyła wyjaśnień, które zostały złożone przez przystępującego w trakcie czynności badania i oceny ofert na wezwanie zamawiającego. Biorąc zatem pod uwagę zasadę wynikającą z art. 190 ust. 1a ustawy Pzp Izba uznała, że złożone przez przystępującego wyjaśnienia stanowią wystarczający dowód potwierdzający, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, czego wyrazem było przeprowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i w konsekwencji wybór oferty konsorcjum niezgodnie z przepisami ustawy Pzp nie potwierdził się.

Zarzut został postawiony w konsekwencji zarzutów poprzednich. Wobec uznania, że zarzuty poprzednie nie potwierdziły się skład orzekający Izby uznał w konsekwencji, że także ten zarzut się nie potwierdził.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: .....