

**WYROK**  
z dnia 14 stycznia 2014 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 stycznia 2014 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20 grudnia 2013 r.** przez wykonawcę **GTC AMG Sp. z o.o., ul. Rolna 155A, 02-729 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Minister Infrastruktury i Rozwoju, reprezentowany przez Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju następcę prawnego Ministerstwa Rozwoju Regionalnego, ul. Wspólna 2/4, 00-926 Warszawa**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę GTC AMG Sp. z o.o., ul. Rolna 155A, 02-729 Warszawa i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GTC AMG Sp. z o.o., ul. Rolna 155A, 02-729 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy **GTC AMG Sp. z o.o., ul. Rolna 155A, 02-729 Warszawa** na rzecz **Skarbu Państwa - Minister Infrastruktury i Rozwoju, reprezentowany przez Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju następcę prawnego Ministerstwa Rozwoju Regionalnego, ul. Wspólna 2/4, 00-926 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (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 (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*obsługę Ministerstwa Rozwoju Regionalnego w zakresie tłumaczeń ustnych, pisemnych oraz dokonywania weryfikacji językowej dostarczonych tekstów*”, zostało wszczęte przez Skarb Państwa - Minister Infrastruktury i Rozwoju, reprezentowany przez Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju następcę prawnego Ministerstwa Rozwoju Regionalnego, ul. Wspólna 2/4, 00-926 Warszawa zwany dalej: „*Zamawiającym*” ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 197-340722 z dnia 10.10.2013 r.

W dniu 10.12.2013 r. (faxem) Zamawiający odrzucił m.in. ofertę *GTC AMG Sp. z o.o.*, ul. Rolna 155A, 02-729 Warszawa zwanej dalej: „*GTC AMG Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*” na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” w zw. z art. 15 ust.1 pkt 1 oraz art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) zwany dalej: dalej: „*ustawa ZNK*” oraz art. 58 § 2 w zw. z art. 5 KC oraz unieważnił postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 Pzp z uwagi na brak ważnych ofert – pozostałe zostały odrzucone jako skutek wykluczenia Wykonawców z udziału w postępowaniu. W celu wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający zastosował kryterium najniższej ceny. W rozdz. 10 SIWZ „*Sposób obliczenia ceny*” Zamawiający określił: „*Wykonawca poda ceny za poszczególne rodzaje tłumaczeń oraz pakiety sprzętu w Formularzu Ofertowym sporządzonym według wzoru stanowiącego Załącznik Nr 7 do SIWZ. Ceny muszą być wyrażone w złotych polskich (PLN), z dokładnością nie większą niż dwa miejsca po przecinku. Wykonawca musi uwzględnić w cenie oferty wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania zamówienia oraz wszelkie opłaty i podatki wynikające z obowiązujących przepisów.*” W rozdz. 12 SIWZ „*opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert*”, Zamawiający podał wagi dla poszczególnych rodzajów tłumaczeń oraz pakietów sprzętu, które to wagi miały dać wykonawcom informację, które z elementów cenowych są dla zamawiającego ważniejsze. Zamawiający dokonał opisu kryterium oceny ofert w sposób rzetelny, w dobrej wierze, z założeniem uczciwych praktyk rynkowych, mając na względzie, że wykonawcy wskażą realne ceny jednostkowe,

odpowiadające rzeczywistym kosztom za dany element wchodzący w skład całego zamówienia. Podczas badania i oceny ofert, Zamawiający powziął istotne wątpliwości co do rzetelności oraz odpowiadającej rynkowym realiom wyceny przez wykonawcę GTC AMG Sp. z o. o. poszczególnych pozycji jednostkowych w formularzu ofertowym. Na 25 pozycji wymaganych w formularzu ofertowym, 23 pozycje wycenione zostały na 0,01 zł, np.:

- 1 godzina zegarowa tłumaczenia konsekwentnego przez 1 tłumacza w grupie języków A, B, C. Zgodnie z § 6 ust. 4 pkt 1 - 2 Umowy (zał. nr 2 do SIWZ), w przypadku tłumaczeń wykonywanych na obszarze kraju, należności przysługujące tłumaczom z tytułu odbywanej podróży służbowej będą pokrywane przez Wykonawcę, co nie zwiększy wynagrodzenia Wykonawcy wynikającego z danego zlecenia,

- czterogodzinny blok tłumaczenia wykonywanego przez 2 tłumaczy w grupie języków A, B, C. Zgodnie z § 6 ust. 4 pkt 1 - 2 Umowy (zał. nr 2 do SIWZ), w przypadku tłumaczeń wykonywanych na obszarze kraju, należności przysługujące tłumaczom z tytułu odbywanej podróży służbowej będą pokrywane przez Wykonawcę, co nie zwiększy wynagrodzenia Wykonawcy wynikającego z danego zlecenia,

- 1 strona obliczeniowa (1 800 znaków ze spacjami) tłumaczenia pisemnego w grupie języków A, B, C,

- 1 strona obliczeniowa, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 24.01.2005 r. w sprawie wynagrodzenia za czynności tłumacza przysięgłego, w grupie języków A, B, C,

- 1 h wynajmu pakietu sprzętu: kabiny ze sprzętem - 1 szt., bezprzewodowego przenośnego odbiornika podczerwieni ze słuchawkami - 100 szt., pulpitu delegata - 50 szt.). Zgodnie z pkt III.9.3 SOPZ (zał. Nr 1 do SIWZ), w ramach usługi wynajęcia pakietu sprzętu, wykonawca zobowiązany jest do:

- transportu wszystkich pakietów sprzętu określonych w zleceniu do i z miejsca, w którym Zamawiający organizuje spotkanie;

- montażu i demontażu pakietów sprzętu;

- obsługi sprzętu (podłączenie urządzeń niezbędnych do prawidłowego przebiegu spotkania, bieżące monitorowanie funkcjonowania sprzętu w trakcie trwania spotkania, w razie konieczności szybka naprawa ewentualnej usterki);

- zakwaterowania i wyżywienia osób obsługujących sprzęt, jeśli obsługa sprzętu odbywa się poza miejscem ich zamieszkania.

Z powyższego wynika, że zaoferowanie przez wykonawcę ceny jednostkowej na poziomie 0,01 zł za każdą z powyższych usług stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Zamawiającego nie jest bowiem możliwe wytworzenie każdej z powyższych usług za cenę zaproponowaną przez wykonawcę. Stanowisko Zamawiającego znajduje potwierdzenie

w orzecznictwie KIO - w wyroku z dnia 31.10.2012 r. sygn. akt: KIO 2115/12 i KIO 2129/12. Zamawiający dokonał symulacji ceny umowy - wykorzystując dotychczasowe doświadczenia, co do liczby poszczególnych rodzajów tłumaczeń, stosując ceny jednostkowe wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Po wyliczeniach okazało się, że oferta wykonawcy GTC AMG Sp. z o. o., która przedstawia najkorzystniejszy bilans cen jednostkowych, przy realnych założeniach realizacji umowy okazuje się być ofertą z najwyższą ceną spośród złożonych ofert. Przedmiotowe postępowanie wskazuje, że zaoferowanie przez wykonawcę GTC AMG Sp. z o. o. nierealnych cen jednostkowych stanowi działanie zagrażające interesom innych wykonawców, a także interesom zamawiającego. Wykonawcy, którzy wycenili każdy element zamówienia na kwoty rzeczywiste z uwzględnieniem kosztów ich wytworzenia, znaleźliby się w gorszej sytuacji podczas oceny ofert, gdyż zgodnie z przyjętym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty, łączna cena ofert innych wykonawców, którzy zaoferowali realne ceny jednostkowe, jest wyższa niż łączna cena oferty GTC AMG Sp. z o. o.

Wykonawca GTC AMG Sp. z o. o. przypisując poszczególnym elementom cenowym wartości odbiegające od rzeczywistych i obiektywnie uzasadnionych stawek rynkowych, tak skonstruował cenę swojej oferty, że działanie to dało mu możliwość zdobycie nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej i w konsekwencji pozwoliłoby na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Tak wysoka różnica w proporcjach wartości poszczególnych usług (23 pozycje wycenione po 0,01 zł każda oraz dwie pozycje wycenione na 98,40 zł i 61,50 zł) nie może być uznana za jedynie element rzetelnej kalkulacji cenowej. Tym samym Zamawiający stwierdził, iż zachodzą podstawy, aby przypisać wykonawcy GTC AMG Sp. z o. o. popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W świetle unormowań art. 3 ust. 1 ustawy ZNK jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Stanowisko Zamawiającego, jak stwierdził znajduje pełne umocowanie w ugruntowanej linii orzecznictwa KIO odnośnie czynów nieuczciwej konkurencji. Przytoczył wyrok KIO z dnia 26.09.2012 r., wydany w zbliżonym stanie faktycznym sprawy o sygn. akt: KIO 1934/12. Tym samym Izba stwierdziła znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w analogicznym zachowaniu wykonawcy. Formułując kryterium oceny ofert celem zamawiającego był wybór oferty najkorzystniejszej pod względem ekonomicznym. Okazało się, że przy tak skonstruowanym wyliczeniu ceny oferty, Zamawiający nie wybrałby oferty z ceną najniższą, a wręcz przeciwnie - z ceną wygórowaną, zaś zgodnie z orzecznictwem *„dokonując oceny czynności podejmowanych przez zamawiającego w kontekście interesu publicznego, należy poza zasadami - p.z.p., uwzględnić także inne obowiązujące przepisy prawa, do których przestrzegania zobowiązany jest zamawiający, w tym przede wszystkim ustawy o finansach publicznych.*

*Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wymaga od zamawiającego nie tylko postępowania zgodnie z przepisami p.z.p., ale uwzględnienia również pozostałych obowiązujących przepisów, w tym przede wszystkim tych, określających legalność podejmowanych działań, a także zasad wydatkowania środków publicznych."*

Ponadto, w ślad za wyrokiem KIO z dnia 31.10.2012 r. sygn. akt: KIO 2115/12 i KIO 2129/12, Zamawiający stwierdził, że sposób kalkulacji ceny przez wykonawcę GTC AMG Sp. z o.o. był działaniem ukierunkowanym na zdobycie przewagi konkurencyjnej poprzez uzyskanie najwyższej liczby punktów w kryteriach oceny ofert przyjętych przez zamawiającego. Celem wykonawcy nie było więc konkurowanie rzetelną ofertą, lecz zabieg stwarzający sztuczną przewagę, któremu ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pozwala przeciwdziałać także na gruncie Pzp przez odrzucenie oferty. Działanie wykonawcy narusza również wynikającą z przepisów Kc zasadę ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron stosunku zobowiązaniowego. Sprzeczne z zasadami współzycia społecznego postępowanie wykonawcy w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest bezsprzecznie nadużyciem własnego prawa podmiotowego i jako takie nie korzysta z ochrony przepisów prawa (art. 5 KC). Czynność prawna sprzeczna z zasadami współzycia społecznego jest nieważna z mocy prawa.

W dniu 20.12.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ust.1 w zw. z art. 182 ust.1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 Pzp odwołanie: GTC AMG Sp. z o.o. na w/w czynność. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 20.12.2013 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zarzucił:

- a) czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania - naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp;
- b) czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego - naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp;
- c) czynności Zamawiającego polegającej na nieuznaniu, że wyjaśnienia Odwołującego z dnia 18.11.2013 r. potwierdzają, że złożenie oferty przez Odwołującego nie stanowi czynu nieuczciwej w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. czynu z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy ZNK - naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp w z w. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp;
- d) zaniechaniu czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Spółki jako najkorzystniejszej w postępowaniu - naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp;
- e) zaniechaniu przez Zamawiającego czynności polegającej na przeprowadzeniu postępowania w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp. Wnosił o:
  - a) uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu:

- b) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- c) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- d) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- e) uznania wyjaśnień Odwołującego z dnia 18.11.2013 r. za potwierdzające, że złożenie oferty przez Odwołującego nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy ZNK w postępowaniu,
- f) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.
- g) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Odnośnie odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienie postępowania. Zamawiający prowadził postępowanie, w którym do upływu terminu składania ofert zostały złożone 4 oferty w tym oferta Odwołującego. Pismem z dnia 13.11.2013 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy złożenie oferty przez Odwołującego nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy ZNK. Odwołujący w dniu 18.11.2013 r. udzielił jednoznacznych wyjaśnień, w których wykazał, że wycena jej oferty nie narusza przepisów ustawy ZNK. Zamawiający pismem z dnia 10.12.2013 r. odrzucił ofertę Odwołującego oraz 3 innych wykonawców w postępowaniu, a w konsekwencji unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Odwołujący, nie podzielając stanowiska Zamawiającego, że złożenie przez niego oferty w postępowaniu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy ZNK, tj. czyn z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1, wskazał, co następuje. Na wstępie przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30.04.2003 r. sygn. akt: V Ca 522/03. W zakresie czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ustawy ZNK, Odwołujący podnosi, iż przytoczony przepis zawiera katalog otwarty czynów nieuczciwej konkurencji, jednak jego popełnienie wymaga łącznego spełnienia 3 przesłanek:

- a) działanie musi być podjęte w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą,
- b) czyn musi być sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami,
- c) działanie to musi zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odwołujący wskazał, iż jego działania nie noszą znamion czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ustawy ZNK. Nie można bowiem uznać za sprzeczne z prawem kalkulowanie ceny oferty w sposób gwarantujący zysk wykonawcy za realizację całej umowy. Składając ofertę w postępowaniu działała w granicach wyznaczonych przez Zamawiającego postanowieniami SIWZ, które to pozwalały na różne kalkulowanie poszczególnych elementów składowych oferty, z zastrzeżeniem, że granicą ekonomiczną działań wykonawców była kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia przez Zamawiającego. Z chwilą upływu terminu na zaskarżenie postanowień SIWZ zarówno Zamawiający, jak i Wykonawcy byli związani jej postanowieniami. Zamawiający w informacji

o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał: „Zamawiający dokonał opisu kryterium oceny ofert w sposób rzetelny, w dobrej wierze, z założeniem uczciwych praktyk rynkowych.” Odwołujący, nie negując bynajmniej powyższego stwierdzenia, wskazał, iż zarzuty Zamawiającego stoją w jawnej sprzeczności do jego dotychczasowej praktyki w organizowanych wcześniej postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na tożsamy przedmiot zamówienia. Zamawiający w 3 ostatnio organizowanych postępowaniach na usługi tłumaczeniowe stosuje w formularzu ofertowym rozbić cen na poszczególne rodzaje tłumaczeń oraz elementy/pakiety sprzętu do tłumaczeń symultanicznych. Wykonawcy w poprzednich postępowaniach w tym Odwołujący wyceniali swoje usługi w podobny sposób jak obecnie, a dodatkowo taki sposób wyceny został zaaprobowany przez KIO, która w wyroku z dnia 01.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1352/12 potwierdziła dopuszczalność różnego kalkulowania ceny oferty. Odwołujący podnosił, iż 23 pozycje, które wycenił na poziomie 0,01 zł stanowią jedynie niewielką część zamówienia. Odwołujący wskazał, że jako podmiot realizujący obecnie zamówienie na rzecz Zamawiającego, korzystając z posiadanej wiedzy przy kalkulacji ceny swojej oferty, uwzględniła posiadane informacje na temat rzeczywistej charakterystyki zamówienia. Należy podkreślić, że zgodnie z obowiązującą umową Odwołujący przekazywał co miesiąc Zamawiającemu szczegółowe zestawienie wykonanych prac, a zatem informacje te były znane Zamawiającemu oraz dostępne dla wszystkich zainteresowanych nimi wykonawców. Tym samym właśnie zdobyta wiedza pozwoliła Odwołującemu na uzyskanie normalnej przewagi konkurencyjnej. Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień Odwołującego z dnia 18.11.2013 r., pominął całkowicie tę okoliczność, zarzucając „zdobycie nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej”. Niezależnie od powyższego Zamawiający w żadnym postanowieniu SIWZ nie wymagał wyceny poszczególnych pozycji formularza ofertowego, tak by zawierały one realne ceny jednostkowe, odpowiadające rzeczywistym kosztom danego elementu oferty. Stawianie takiego wymogu Odwołującemu dopiero na etapie badania i oceny ofert stanowi postawienie nowego, dodatkowego wymagania w stosunku do postanowień SIWZ. Zamawiający w świetle utrwalonego orzecznictwa KIO nie może rozszerzać postanowień SIWZ po otwarciu ofert, co potwierdza między innymi wyrok KIO z dnia 07.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 260/08. Odwołujący podnosił, iż nieuprawnione jest przywoływanie przez Zamawiającego wyroku KIO z dnia 31.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2115/12, KIO 2129/12, w którym w postanowieniach SIWZ zostało wprost wskazane, że wykonawcy muszą skalkulować wycenę ofert z uwzględnieniem realnych kosztów wytworzenia danej usługi, co legło u podstaw wydania wyroku KIO w tej sprawie, na co wskazuje str. 14 jego uzasadnienia. Zamawiający przywołał w informacji o odrzuceniu oferty także wyrok KIO z dnia 26.09.2012 r., sygn. akt: KIO 1934/12, który zapadł jednak w zupełnie odmiennym stanie faktycznym. Wykonawca, który w ocenie KIO dopuścił się czynu nieuczciwej



konkurencji zaniżył wycenę niektórych usług w ofercie z racji na ich opodatkowanie wyższą stawką podatku VAT i dopiero zniżenie tejże ceny jednostkowej w połączeniu z niższą stawką podatku VAT pozwoliło mu na uzyskanie niedozwolonej przewagi konkurencyjnej. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia jednak w niniejszym stanie faktycznym, co pomija zupełnie Zamawiający. Odwołujący wskazuje, iż poza przepisami Pzp to postanowienia SIWZ oraz praktyka Zamawiającego stanowiące ustalone zwyczaje w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego wyznaczają granice działania wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W postępowaniach na usługi tłumaczeniowe prowadzonych poprzednio zarówno przez Zamawiającego, jak i przez innych zamawiających praktyką wykonawców jest bowiem oferowanie cen za niektóre usługi na poziomie 0,01 zł. Odwołujący kalkulując cenę oferty uwzględnił wszystkie wyżej wymienione czynniki. Składając bowiem ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia to wykonawca kształtuje postanowienia zawartej następnie umowy. Porównanie ofert złożonych w postępowaniu potwierdza, że każdy z wykonawców przyjął indywidualny model wyceny oferty z uwzględnieniem faktycznej sytuacji swojego przedsiębiorstwa. Działania Odwołującego nie są wobec tego sprzeczne z prawem ani z dobrymi obyczajami. Dobre obyczaje jako pojęcie nieostre należy bowiem definiować w okolicznościach konkretnej sprawy. Praktyką wykonawców na rynku usług tłumaczeniowych jest bowiem rozkładanie ryzyka w składanych ofertach w zamówieniach publicznych poprzez różnicowanie poszczególnych cen jednostkowych, zatem zachowanie Odwołującego nie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami. Taka praktyka występuje również w ramach umów realizowanych na rzecz podmiotów nie zobowiązanych do stosowania Pzp. Przywołał stanowisko Sądu Apelacyjnego w Lublinie zawartym w wyroku z 30.09.1998 r., sygn. I ACa 281/98 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 09.07.2007 r., sygn. akt: IX Gc 19/07. Jednocześnie praktyka różnicowania cen jednostkowych ofert przez wykonawców nie zagraża ani nie narusza także interesu innych wykonawców oraz Zamawiającego. Zamawiający konstruując postanowienia SIWZ godził się bowiem na to, że wykonawcy mogą zastosować różne ceny jednostkowe w swoich ofertach. Nie można zatem mówić, że działanie Odwołującego zagraża interesom innych wykonawców, a także interesom Zamawiającego w postępowaniu. W zakresie zarzutu dopuszczenia się przez Odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy ZNK, Spółka podnosi, iż zarzut ten jest nieuprawniony. Zamawiający, oceniając ofertę składaną w trybie Pzp, powinien badać cenę oferty Spółki jako całość tj. porównać wartość całej oferty Odwołującego do kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Oferta Spółki nie budziła jednak wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie, który nie wystosował do Odwołującego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie wykazał, że działanie Odwołującego służyło wyeliminowaniu innych wykonawców w postępowaniu. Odwołujący podnosił, iż uznanie określonego działania za czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1

pkt 1 ustawy ZNK dopuszczalne jest jedynie wyjątkowo, na co wskazuje Jerzy Szwaja, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz., Warszawa 2013, wydanie stwierdzając: „Uznanie sprzedaży poniżej kosztów własnych (sprzedaży ze stratą) za czyn nieuczciwej konkurencji musi być traktowane jako rozwiązanie szczególne i wyjątkowe. W gospodarce rynkowej bowiem zasadą jest swoboda ustalania i różnicowania cen przez przedsiębiorców, wyjątkiem zaś - ich narzucanie lub regulowanie przez państwo lub inne podmioty. Znajduje to potwierdzenie w Polsce zarówno w ustawodawstwie (por. art. 353<sup>1</sup> KC oraz art. 2 ust. 1 i 2 CenyU), jak i rzeczywistości gospodarczej. Tak np. z art. 15 ust. 1 pkt 3 ZNKU nie da się wyprowadzić generalnego zakazu różnicowania cen (dyskryminacji cenowej) (por. wyr. KIO przy Prezesie UZP z 23.2.2010 r., KIO/UZP1941/09, niepubl.)”. Jednocześnie Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem, że jego działania naruszają także przywołane przez Zamawiającego przepisy kodeksu cywilnego. Nie można uznać, że działanie przedsiębiorcy jakim jest Odwołujący stanowi nadużycie prawa podmiotowego oraz narusza zasady współżycia społecznego. Reasumując, Odwołujący składając ofertę w postępowaniu działał w zaufaniu do postanowień SIWZ oraz uwzględnił praktykę innych wykonawców i Zamawiającego, skalkulował cenę swojej oferty poprzez zróżnicowanie wyceny poszczególnych pozycji formularza ofertowego, czym nie naruszył ustawy ZNK. Nie można zatem uznać, że taki sposób wyceny stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w szczególności służy eliminacji innych przedsiębiorców oraz narusza interes Zamawiającego. Odwołujący podzielił stanowisko zawarte w wyroku KIO z dnia 29.04.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 610/10.

Odnośnie zaniechania przeprowadzenia postępowania w sposób gwarantujący uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Zamawiający prowadząc postępowanie naruszył także wyrażoną w art. 7 Pzp zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, która nakazuje stosowanie tożsamyh wymagań wobec wszystkich wykonawców w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, jednak nie odrzucił oferty Summa Linguae S.A. z siedzibą w Krakowie, dalej: „Summa Linguae”, który to wykonawca zaoferował ceny za realizowane usługi w szeregu pozycji formularza ofertowego zaoferował wartości 0,01 zł. Zamawiający podobnie jak Odwołującego wezwał Summa Linguae S.A. do złożenia wyjaśnień czy oferta tegoż wykonawcy nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy ZNK. Dokonana ocena przez Zamawiającego była jednak odmienna niż Zamawiającego w przypadku wyjaśnień Odwołującego, co oznacza że Zamawiający dokonał oceny ofert w postępowaniu w sposób arbitralny według własnych kryteriów, które to kryteria nie wynikały z postanowień SIWZ. Wobec powyższego, oceniając wyjaśnienia Spółki w sposób odmienny niż wyjaśnienia Summa Linguae S.A.,

Zamawiający naruszył art. 7 Pzp. Odwołujący podzielił w tym zakresie stanowisko zawarte w wyroku KIO z dnia 19.03.2012 r., sygn. akt: KIO 432/12.

Zamawiający w dniu 24.12.2013 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

W dniu 08.01.2014 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Zamawiający stwierdził, iż brak jest podstaw faktycznych i prawnych do uwzględnienia zarzutu pierwszego - naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez czynność Zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania. Zgodnie z przesłanką unieważnienia postępowania wymienioną w art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu. Decyzja Zamawiającego o odrzuceniu ofert, a w konsekwencji unieważnienie postępowania poprzedzona była spełnieniem wymogów określonych w ustawie. W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone cztery oferty. Trzech wykonawców nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie zostali wykluczeni przez Zamawiającego z postępowania zaś złożone przez nich oferty zostały uznane za odrzucone (art. 24 ust. 4 Pzp). Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 oraz art. 3 ust. 1 ustawy ZNK oraz art. 58 § 2 w zw. z art. 5 KC. Mając na uwadze powyższe została spełniona przesłanka unieważnienia postępowania wymieniona w art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp tj. nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Zarzut drugi dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz trzeci dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez czynność Zamawiającego polegającą na nieuznaniu wyjaśnień Odwołującego z dnia 18.11.2013 r. na potwierdzenie, że złożona przez Odwołującego oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, tj. czynu z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy ZNK, również nie zasługuje na uwzględnienie. W świetle art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający dokonując oceny ofert ma obowiązek zbadać, czy ich złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ustawy ZNK, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie z art. 3 ust. 2 niniejszej ustawy czynem nieuczciwej

konkurencji jest między innymi utrudnianie dostępu do rynku. W przepisach rozdziału 2 tej ustawy unormowane zostały poszczególne stypizowane kategorie czynów nieuczciwej konkurencji. I tak, stosownie do brzmienia art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy ZNK, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zdaniem Zamawiającego działanie Odwołującego wyczerpuje znamiona tego czynu określone wskazanymi wyżej przepisami. Odwołujący złożył ofertę w której zaoferował na 25 pozycji przyjętych w formularzu ofertowym 23 ceny jednostkowe w wysokości 0,01 zł brutto. Zamawiający powziął istotne wątpliwości co do rzetelności oraz odpowiadającej rynkowym realiom wyceny przez wykonawcę GTC AMG Sp. z o. o. poszczególnych pozycji cenowych. Wezwał więc Wykonawcę w dniu 13.11.2013 r. do złożenia m.in. wyjaśnień, czy ceny w poz. 1-2, 4 oraz 6-25 uwzględniają rzeczywisty koszt wykonania usług. Wezwanie do wyjaśnienia cen jednostkowych znajduje umocowanie w wyrokach KIO np. w wyroku z dnia 26.09.2012 r. o sygn. akt: KIO 1934/12. Przytoczył również wyrok z dnia 14.06.2013 r., KIO 1240/13; KIO 1246/13; KIO 1248/13. Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 18.11.2013 r., w ocenie Zamawiającego, nie uczynił zadość wezwaniu. Wykonawca w swych wyjaśnieniach skoncentrował się na analizie historyczno-statystycznej ogólnych kosztów tłumaczeń realizowanych przez Zamawiającego oraz udowodnieniu, że nadwyżka przychodu zapewniona przez ceny w pkt 3 i 5 formularza ofertowego pozwoli na pełne pokrycie kosztów bez względu na faktyczny udział poszczególnych rodzajów tłumaczeń w przedmiocie zamówienia. Zdaniem Zamawiającego analiza historyczno-statystyczna nie może stanowić uzasadnienia dla Wykonawcy, do zakładania spekulacyjnych „nadwyżek”. Wykonawca powinien tak kalkulować cenę, aby uzyskać zysk nawet w przypadku faktycznych zmian w stosunku do zakładanych szacunków, co w przypadku Odwołującego nie miało miejsca. Oszacowanie 23 pozycji cenowych spośród 25 w wysokości 0,01 zł brutto, w oderwaniu od ich realiów rynkowych miało na celu doprowadzenie do uzyskania maksymalnej ilości punktów w kryteriach oceny ofert w celu uzyskania zamówienia. Wykonawca w wyjaśnieniach o których mowa powyżej przyznał, że poprzez maksymalizację przychodu w pkt 3 i 5 formularza ofertowego pokryje wszystkie ryzyka związane z postępowaniem, a zwiększenie ceny w elemencie oferty o największej wadze wymagało dostosowania cen w pozostałych pozycjach. W wyjaśnieniach zatem wykonawca nie uzasadnił, że złożona przez niego oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, a wręcz utwierdził Zamawiającego w przekonaniu, że intencjonalne działanie wykonawcy było ukierunkowane na wywołanie określonego skutku, poprzez taktyczne wykorzystanie zapisów SIWZ. Takie przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi które podlegały ocenie, miało na celu nie zaoferowanie najkorzystniejszych warunków, nie

konkurowanie ceną czy jakością oferowanych usług, lecz jedynie wykorzystanie kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla Zamawiającego, jak i innych Wykonawców. Zaniżenie 92% wszystkich cen zaoferowanych przez Odwołującego dało mu przewagę konkurencyjną, która gwarantowała mu wyeliminowanie pozostałych Wykonawców którzy złożyli oferty. Działanie to, zdaniem Zamawiającego, narusza dobre obyczaje kupieckie i nie zasługuje na ochronę. Dobre obyczaje to swoistego rodzaju normy moralne i zwyczajowe mające zastosowanie m.in. w działalności gospodarczej. Obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej z dnia 2 lipca 2004 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 672 ze zm.). Przywołany powyżej przepis stanowi, że przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słuszych interesów konsumentów. Zgodnie z wyrokiem SN z dnia 09.01.2008 r., II CK 4/07 - pojęcie dobrych obyczajów jest wystarczającą przesłanką do zakwalifikowania działania przedsiębiorcy jako czynu nieuczciwej konkurencji niezależnie od tego, czy czyn stanowi działanie sprzeczne z prawem. Żaden z wykonawców, który zaproponował ceny odnosząc je do rzeczywistych kosztów wynikających z realizacji zamówienia, nie może konkurować z Odwołującym. Zaoferowanie przez innych Wykonawców stawek jednostkowych, wynikających z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniających zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych powodowało, iż znajdowali się oni w nieporównywalnie gorszej sytuacji, bez szans na pozyskanie przedmiotowego zamówienia. Jest to działanie, która narusza interes innych Wykonawców. Na potwierdzenie powyższego, Zamawiający dołączył do odpowiedzi na odwołanie ocenę wszystkich złożonych ofert zgodnie z kryteriami przyjętymi w SIWZ (zał. nr 1 do pisma) oraz symulację ceny umowy z wykorzystaniem dotychczasowych doświadczeń, co do liczby poszczególnych rodzajów tłumaczeń, stosując ceny jednostkowe wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu (zał. nr 2 do pisma). Z załączonych zestawień wynika jednoznacznie, że oferta wykonawcy GTC AMG Sp. z o. o., która przedstawia najkorzystniejszy bilans cen jednostkowych, przy realnych założeniach realizacji umowy, okazuje się być ofertą z najwyższą ceną spośród złożonych ofert. Opisane powyżej działanie Odwołującego narusza interes nie tylko innych wykonawców ale również klienta, jakim jest Zamawiający. Wybierając bowiem ofertę odwołującego Zamawiający byłby zmuszony wybrać jako najkorzystniejszą ofertę, która nie jest najkorzystniejszą ekonomicznie, na co wskazują załączone zestawienia. Interes Zamawiającego zostałby również naruszony gdyby doszło do realizacji umowy, z uwagi na konstrukcję kar umownych zastosowanych we wzorze umowy, będącej załącznikiem Nr 2 do SIWZ. Kary umowne zostały określone w formie procentu od wartości danego zlecenia (50 % kwoty wynagrodzenia brutto za dane zlecenie za nienależyte wykonanie zlecenia przez Wykonawcę - § 10 ust. 4) i spełnią swoją funkcję, tylko przy zastosowaniu rynkowych cen

w ofertach wykonawców. Mając na uwadze wysokość cen zaoferowanych przez Wykonawców i zapisy umowy istnieje duże ryzyko niewywiązywania się przez Wykonawcę z obowiązku wykonania usługi. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że w żadnym postanowieniu SIWZ Zamawiający nie wymagał wyceny poszczególnych pozycji formularza ofertowego, „*tak by zawierały one realne ceny jednostkowe, odpowiadające rzeczywistym kosztom danego elementu oferty*”. Po pierwsze nie jest to prawdą, ponieważ w rozdziale 10 SIWZ „Sposób obliczenia ceny” Zamawiający określił: „*Wykonawca podaje ceny za poszczególne rodzaje tłumaczeń oraz pakiety sprzętu w Formularzu Ofertowym sporządzonym według wzoru stanowiącego Załącznik Nr 7 do SIWZ. Wykonawca musi uwzględnić w cenie oferty wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania zamówienia oraz wszelkie opłaty i podatki wynikające z obowiązujących przepisów.*” Ze szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia oraz z umowy wynikało jakie koszty będzie musiał ponieść wykonawca w ramach realizacji zamówienia. Po drugie twierdzenie Odwołującego, że *Jednostkowe ceny oferty nie muszą być realne* (no bo przecież wg Odwołującego Zamawiający nigdzie tego nie napisał wprost) ani tym bardziej *„odpowiadać rzeczywistym kosztom danego elementu oferty”*, w istocie obnaża sposób kalkulacji ceny oferty przez Odwołującego, który nawet nie próbuje ukryć faktu manipulacji cenami ofertowymi poszczególnych pozycji formularza ofertowego, w celu pozyskania zamówienia publicznego. Takie postępowanie Odwołującego w każdym przypadku winno dyskwalifikować ofertę wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zaoferowanie przez wykonawcę ceny jednostkowej na poziomie 0,01 zł za prawie każdą z usług opisanych w SIWZ stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Zamawiającego nie jest bowiem możliwe ich świadczenie za cenę zaproponowaną przez wykonawcę. Dla przykładu, ceny zaoferowane przez pozostałych wykonawców za tłumaczenia symultaniczne (w grupie języków A, B, C), trwającej cztery godziny, wykonywanej przez 2 tłumaczy, obejmującej również należności przysługujące tłumaczom z tytułu odbywanej podróży służbowej kształtują się odpowiednio: 553,50 zł, 1 279,20 zł oraz 123,00 zł (języki grupy A), 922,50 zł, 1 476,00 zł oraz 123,00 zł (języki grupy B), 984,00 zł, 1 722,00 zł oraz 246,00 zł (języki grupy C). Ustalenie przez Zamawiającego, że Odwołujący wbrew dobremu obyczajom dopuścił się manipulowania cenami w celu uzyskania wyższej punktacji obligowało Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 oraz art. 3 ust. 1 ustawy ZNK. Stanowisko zamawiającego znajduje pełne umocowanie w ugruntowanej linii orzecznictwa KIO odnośnie czynów nieuczciwej konkurencji. W wyroku KIO z dnia 26.09.2012 r., wydanym w zbliżonym stanie faktycznym sprawy o sygn. akt KIO 1934/12, Izba zasadnie przyjęła, iż *„okolicznością przesądzającą o naganności postępowania odwołującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie*

*powołanego przepisu jest więc „manipulowanie” proporcjami poszczególnych usług, a w konsekwencji ich cena i w konsekwencji cena 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 przez to 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.”.* Podobnie analogiczne postępowanie wykonawcy traktuje wyrok z dnia 14.06.2013 r., KIO 1240/13; KIO 1246/13; KIO 1248/13, zgodnie z którym *„Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania w stopniu uzasadniającym zastosowanie art. 3 ust. 1 u.z.n.k. jest ”manipulowanie” proporcjami poszczególnych usług, a w konsekwencji ich ceną i ceną oferty, aby otrzymać zamówienie. 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 szkoda zarówno dla zamawiającego, jak i innych wykonawców. Takie oszacowanie wysokości cen ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na rażąco niską cenę w którymś z kryteriów wykonawca uzyskuje maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku otrzymają praktycznie zerową ilość punktów. Takie postępowanie, choć nienaruszające prawa, jednak narusza dobre obyczaje kupieckie i nie zasługuje na ochronę.”.* Odwołujący podnosił, że w poprzednio prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na tożsamy przedmiot zamówienia Wykonawcy, w tym Odwołujący wycenili swoje usługi w podobny sposób jak obecnie, a dodatkowo taki sposób wyceny został zaaprobowany przez KIO wyroku z dnia 11.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1352/12. Zamawiający jednak podkreślił, że w przywołanym wyroku KIO wypowiedziała się w granicach ówczesnego przedmiotu odwołania i orzeczenie dotyczyło zgoła innej sytuacji. W tym konkretnym przypadku KIO wypowiedziało się odnośnie ceny rażąco niskiej, której Zamawiający w niniejszym postępowaniu Odwołującemu nie zarzucił. W ocenie Zamawiającego złożona przez Odwołującego oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i na podstawie tej przesłanki ustawowej odrzucił ofertę Odwołującego. Niezależnie od powyższej argumentacji przemawiającej za słusznością postępowania Zamawiającego, który odrzucił ofertę Odwołującego, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, ceny za poszczególne rodzaje usług przyjęte przez Odwołującego budzą również wątpliwości Zamawiającego na gruncie przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r. nr 177, poz. 1054). Zgodnie z ustawą obowiązek podatkowy powstaje z chwilą

wykonania usługi (w tym przypadku wykonaniu zlecenia). Zasadą na gruncie prawa podatkowego jest obowiązek naliczenia podatku od towarów i usług, których wartość odpowiada ich wartości rynkowej. Zgodnie z definicją wartości rynkowej, przyjętą w art. 2 pkt 27b ustawy o podatku od towarów i usług, rozumie się przez nią „całkowitą kwotę, jaką, w celu uzyskania w danym momencie danych towarów lub usług, nabywca lub usługobiorca na takim samym etapie sprzedaży jak ten, na którym dokonywana jest dostawa towarów lub świadczenie usług, musiałby, w warunkach uczciwej konkurencji, zapłacić niezależnemu dostawcy lub usługodawcy na terytorium kraju; w przypadku gdy nie można ustalić porównywalnej dostawy towarów lub świadczenia usług, przez wartość rynkową rozumie się, w odniesieniu do usług: kwotę nie mniejszą niż całkowity koszt poniesiony przez podatnika na wykonanie tych usług.". Przy tak przyjętych cenach jednostkowych służących do rozliczania poszczególnych, samodzielnych zleceń nie będzie możliwe odprowadzenie podatku VAT od kwoty 0,01 zł brutto, albowiem zgodnie z ogólnymi regułami zaokrążeń w prawie podatkowym, należny podatek VAT wyniósłby 0 złotych. Tym samym sprzedaż usług poniżej faktycznej wartości ich wytworzenia - może potencjalnie skutkować ominięciem przez Wykonawcę obowiązku podatkowego wynikającego z przepisu prawa. Odwołujący, który był wykonawcą zakończonej właśnie umowy zdaje sobie sprawę, że będą zdarzały się faktury opiewające na 0,01 zł (faktura jest płacona za każde pojedyncze zlecenie).

Zamawiający stwierdza także, iż brak jest podstaw faktycznych i prawnych do uwzględnienia zarzutu czwartego - naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Z uwagi na fakt, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie było możliwe dokonanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający nie podzielił również zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności polegającej na przeprowadzeniu postępowania w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący podnosił, iż Zamawiający nie odrzucił oferty wykonawcy Summa Lingua S.A. z siedzibą w Krakowie pomimo, że wykonawca również zaoferował w niektórych pozycjach formularza ofertowego ceny jednostkowe w wysokości 0,01 zł. Zamawiający podkreśla, że wskazany wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, ponieważ nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta uznana została za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp. Tym samym oferta wskazanego wykonawcy została skutecznie wyeliminowana z postępowania o udzielenie



zamówienia. Decyzja zamawiającego w tym względzie nie została podważona przez wykonawcę Summa Lingua S.A. Skutek w postaci odrzucenia w postępowaniu oferty wykonawcy Summa Lingua S.A. i brak możliwości pozyskania przez tego wykonawcę zamówienia był identyczny. Powyższe nie może zatem stanowić podstawy do stawiania zarzutu naruszenia art. 7 Pzp.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. Cena za usługi tłumaczeniowe oraz za zapewnienie usługi wynajęcia pakietów sprzętu do tłumaczenia ustnego - 100% oraz podkryteriów wchodzących w jego skład: Cena w grupie języków A – 70 %; Cena w grupie języków B – 10 %; Cena w grupie języków C – 5 %; Pakiety do tłumaczenia ustnego – 15 %, w przypadku potwierdzenia się podnoszonego zarzutu, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia zwanego dalej: „SOPZ” odpowiedzi na pytania z dnia 24.10.2013 r. (wyjaśnień postanowień SIWZ), oferty Odwołującego i Summa Linguae S.A., wezwania z dnia 13.11.2013 r. w trybie art. 87 ust.1 Pzp do wyjaśnień treści oferty, wyjaśnień z dnia 18.11.2013 r., informacji o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu m.in. oferty GTC AMG Sp. z o.o., odwołania, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami (zał. nr 1 - oceną wszystkich złożonych ofert zgodnie z kryteriami przyjętymi w SIWZ, zał. nr 2 - symulacją ceny umowy z wykorzystaniem dotychczasowych doświadczeń, co do liczby poszczególnych rodzajów tłumaczeń, stosując ceny jednostkowe wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu) oraz złożonych na rozprawie przez Odwołującego: 1) Tabeli: „Wartość usług zrealizowanych w ramach postępowania z 2010 r. wyliczona dla poszczególnych oferentów na podstawie danych ilościowych”; 2) Tabeli: „Wartość usług zrealizowanych w ramach postępowania z 2010 r. (wg. danych empirycznych przekazanych

przez MRR) wg. cenników z postępowania z 2012 r.”; 3) Tabeli: „Porównanie wartości zamówienia z 2012 r. na etapie oceny ofert wg ”starych” danych otrzymanych z MRR dot. poprzedniego postępowania z 2010”; 4) SIWZ Ministerstwa Rozwoju i Rolnictwa Wsi (BDGzp-2120B-113/12); 5) SIWZ Centrum Projektów Informatycznych (27-CPI-WZP-2244/13); 6) Kopi oferty CLS z2010 r.; 7) Kopi wyciągu z planu połączenia Summa Linguae S.A. oraz CLS Sp. J.; 8) Kopi protestu Lidex Sp. z o.o. z dnia 17.03.2010 r. oraz jego rozstrzygnięcia z 30.03.2010 r.; 9) Tabeli: „Porównanie wag przypisanych w SIWZ poszczególnym rodzajom usług i ich empirycznego rozkładu wg. danych z realizacji kontraktu w postępowaniu 2012 r.”; 10) Tabeli: „Porównanie wag przypisanych w SIWZ poszczególnym rodzajom usług do ich rozkładu wg danych z SIWZ – postępowanie 2013”;

11) Wykazu przetargów o tożsamym przedmiocie zamówienia z materiałami źródłowymi; 12) Zestawienie zleceń za X 2013 r.; 13) Kopia umowy z dnia 03.06.2013 r. z Agrotec Polska Sp. z o.o.

Nadto, Izba zapoznała się z wyrokiem KIO z dnia 11.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1351/12, którego kopie odpisu złożył na rozprawie Odwołujący, jak również dokumentem: „Opinia wykonana na zlecenie firmy GTC AMG Sp. z o.o. (GTC) dotycząca zasadności odrzucenia oferty w oparciu o zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji” autorstwa prof. dr hab. Ewy Nowińskiej, także złożonym na rozprawie przez Odwołującego, a stanowiącym opinie prywatną nie będącą dowodem w sprawie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

Zamawiający określił w rozdz. 2 pkt 2.1 SIWZ, że przedmiotem zamówienia jest obsługa Ministerstwa Rozwoju Regionalnego w zakresie tłumaczeń ustnych, pisemnych oraz dokonywania weryfikacji językowej dostarczonych tekstów. Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (SOPZ) został zawarty jest w Załączniku Nr 1 do SIWZ. Po zawarciu umowy stanowił on będzie Załącznik nr 4 do umowy (rozdz. 2 pkt 2.3 SIWZ). W ramach SOPZ Zamawiający określił w rozdz. II informacje dotyczące szacunkowych wielkości dla danego asortymentu, które winien wziąć pod uwagę dany Wykonawca, w rodz. III zawarł z kolei informacje dotyczące - języków tłumaczenia pisemnego i ustnego oraz weryfikacji językowej (pkt 1); obszarów tematycznych usług tłumaczenia pisemnego, ustnego oraz weryfikacji językowej (pkt 2); trybów tłumaczenia pisemnego i weryfikacji (pkt 3); standardów tłumaczeń oraz weryfikacji językowej (pkt 5); zakresu weryfikacji językowej (pkt 7); dostarczenie tłumaczenia oraz weryfikacji Zamawiającemu (pkt 8); sprzętu do tłumaczenia ustnego (pkt 9).

Natomiast w rozdz. IV (od pkt 1 do 4) określono informacje dotyczące zlecenia, zestawienia wykonanych usług, rozliczenia, tzn. zlecenia, komunikacja z Zamawiającym, zestawienia wykonanych usług, faktury, czy też rozliczenia.

Dodatkowo Zamawiający określił w SIWZ – rozdz. 10 Opis sposobu obliczenia ceny, że: „Wykonawca poda ceny za poszczególne rodzaje tłumaczeń oraz pakiety sprzętu w Formularzu Ofertowym sporządzonym według wzoru stanowiącego Załącznik Nr 7 do SIWZ” (pkt 10.1). Nadto zastrzegł, że: „Wykonawca musi uwzględnić w cenie oferty wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania zamówienia oraz wszelkie opłaty i podatki wynikające z obowiązujących przepisów.” (pkt 10.3). Z kolei w rozdz. 12 SIWZ zawarto: „OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY WRAZ Z PODANIEM ZNACZENIA TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT”. W jego ramach Zamawiający wskazał, że:

„12.1 Zamawiający dokona oceny ofert, które nie zostały odrzucone, na podstawie następujących kryteriów oceny ofert:

Lp.	Nazwa kryterium	Znaczenie kryterium (w %)
1	Cena za usługi tłumaczeniowe oraz za zapewnienie usługi wynajęcia pakietów sprzętu do tłumaczenia ustnego	100

12.2 Zamawiający dokona oceny ofert przyznając punkty w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert, przyjmując zasadę, że 1% = 1 punkt.

12.3 Punkty za kryterium „Cena za usługi tłumaczeniowe oraz za zapewnienie usługi wynajęcia pakietów sprzętu do tłumaczenia ustnego” zostaną obliczone w następujący sposób:

Cena za usługi tłumaczeniowe oraz za zapewnienie usługi wynajęcia pakietów sprzętu do tłumaczenia ustnego (cena w grupie A + cena w grupie B + cena w grupie C + cena za pakiety sprzętu do tłumaczenia ustnego) oferty najtańszej

----- x 100 = liczba punktów

Cena za usługi tłumaczeniowe oraz za zapewnienie usługi wynajęcia pakietów sprzętu do tłumaczenia ustnego (cena w grupie A + cena w grupie B + cena w grupie C + cena za pakiety sprzętu do tłumaczenia ustnego) oferty badanej (...)

Przy ocenie ofert w kryterium „Cena za usługi tłumaczeniowe oraz za zapewnienie usługi wynajęcia pakietów sprzętu do tłumaczenia ustnego” Zamawiający będzie stosował następujące podkryteria:

Lp.	Nazwa podkryterium	Waga podkryterium
1	Cena w grupie języków A	70%
2	Cena w grupie języków B	10%
3	Cena w grupie języków C	5%
4	Pakiety do tłumaczenia ustnego	15%

W ramach podkryterium „Cena w grupie języków A” punkty zostaną przyznane na podstawie następującego wzoru, z uwzględnieniem cen usług z pkt od 1 do 5 Formularza ofertowego:

$Ocena A = 0,70 \times (cena\ uslugi\ nr\ 1 \times 0,15 + cena\ uslugi\ nr\ 2 \times 0,10 + cena\ uslugi\ nr\ 3 \times 0,60 + cena\ uslugi\ nr\ 4 \times 0,12 + cena\ uslugi\ nr\ 5 \times 0,03)$

Gdzie:

Usługa nr 1 - tłumaczenie konsekutywne (w tym szeptane) w grupie języków A - cena brutto za 1h - waga 15%

Usługa nr 2 - tłumaczenie symultaniczne w grupie języków A - cena brutto za blok 4-godzinny - waga 10%

Usługa nr 3 - tłumaczenie pisemne w grupie języków A - cena brutto za 1 stronę obliczeniową - waga 60%

Usługa nr 4 - weryfikacja w grupie języków A - cena brutto za 1 stronę obliczeniową- waga 12%

Usługa nr 5 - tłumaczenie przysięgłe w grupie języków A - cena brutto za 1 stronę obliczeniową- waga 3%

W ramach podkryterium „Cena w grupie języków B” punkty zostaną przyznane na podstawie następującego wzoru z uwzględnieniem cen usług z pkt od 6 do 10 Formularza ofertowego:

$Ocena B = 0,10 \times (cena\ uslugi\ nr\ 6 \times 0,15 + cena\ uslugi\ nr\ 7 \times 0,10 + cena\ uslugi\ nr\ 8 \times 0,60 + cena\ uslugi\ nr\ 9 \times 0,12 + cena\ uslugi\ nr\ 10 \times 0,03)$

Gdzie:

Usługa nr 6 - tłumaczenie konsekutywne (w tym szeptane) w grupie języków A - cena brutto za 1h - waga 15%

Usługa nr 7 - tłumaczenie symultaniczne w grupie języków A - cena brutto za blok 4-godzinny - waga 10%

Usługa nr 8 - tłumaczenie pisemne w grupie języków A - cena brutto za 1 stronę obliczeniową- waga 60%

Usługa nr 9 - weryfikacja w grupie języków A - cena brutto za 1 stronę obliczeniową - waga 12%

Usługa nr 10 -tłumaczenie przysięgłe w grupie języków A-cena brutto za 1 stronę obliczeniową-waga 3%

W ramach podkryterium „Cena w grupie języków C” punkty zostaną przyznane na podstawie następującego wzoru, z uwzględnieniem cen usług z pkt od 11 do 15 Formularza ofertowego:

$Ocena C = 0,05 \times (cena\ uslugi\ nr\ 11 \times 0,15 + cena\ uslugi\ nr\ 12 \times 0,10 + cena\ uslugi\ nr\ 13 \times 0,60 + cena\ uslugi\ nr\ 14 \times 0,12 + cena\ uslugi\ nr\ 15 \times 0,03)$

Gdzie:

Usługa nr 11 - tłumaczenie konsekwentne (w tym szeptane) w grupie języków A - cena brutto za 1h - waga 15%

Usługa nr 12 - tłumaczenie symultaniczne w grupie języków A – cena brutto za blok 4-godzinny – waga 10%

Usługa nr 13 – tłumaczenie pisemne w grupie języków A – cena brutto za 1 stronę obliczeniową – waga 60%

Usługa nr 14 – weryfikacja w grupie języków A – cena brutto za 1 stronę obliczeniową – waga 12%

Usługa nr 15 – tłumaczenie przysięgłe w grupie języków A – cena brutto za 1 stronę obliczeniową – waga 3%

W ramach podkryterium „Cenę za zapewnienie usługi wynajęcia pakietów sprzętu do tłumaczenia ustnego” punkty zostaną przyznane na podstawie następującego wzoru, z uwzględnieniem cen usług z pkt od 16 do 25 Formularza ofertowego:

Ocena  $S = 0,15 \times (\text{cena usługi nr 16} \times 0,15 + \text{cena usługi nr 17} \times 0,15 + \text{cena usługi nr 18} \times 0,30 + \text{cena usługi nr 19} \times 0,04 + \text{cena usługi nr 20} \times 0,05 + \text{cena usługi nr 21} \times 0,05 + \text{cena usługi nr 22} \times 0,10 + \text{cena usługi nr 23} \times 0,06 + \text{cena usługi nr 24} \times 0,02 + \text{cena usługi nr 25} \times 0,08)$

Gdzie:

Usługa nr 16 – zapewnienie pakietu nr 1 wariantu A – cena brutto za 1 godzinę wynajmu – waga 15%

Usługa nr 17 – zapewnienie pakietu nr 1 wariantu B – cena brutto za 1 godzinę wynajmu – waga 15%

Usługa nr 18 – zapewnienie pakietu nr 1 wariantu C – cena brutto za 1 godzinę wynajmu – waga 30%

Usługa nr 19 – zapewnienie pakietu nr 2 – cena brutto za 1 godzinę wynajmu – waga 4%

Usługa nr 20 – zapewnienie pakietu nr 3 – cena brutto za 1 godzinę wynajmu – waga 5%

Usługa nr 21 – zapewnienie pakietu nr 4 wariantu A – cena brutto za 1 godzinę wynajmu – waga 5%

Usługa nr 22 – zapewnienie pakietu nr 4 wariantu B – cena brutto za 1 godzinę wynajmu – waga 10%

Usługa nr 23 – zapewnienie pakietu nr 5 – cena brutto za 1 godzinę wynajmu – waga 6%

Usługa nr 24 – zapewnienie pakietu nr 6 – cena brutto za 1 godzinę wynajmu – waga 2%

Usługa nr 25 – zapewnienie pakietu nr 7 – cena brutto za 1 godzinę wynajmu – waga 8%

12.4 Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta z największą liczbą punktów.”

W ramach odpowiedzi na pytania z dnia 24.10.2013 r. (wyjaśnień postanowień SIWZ) Zamawiający zawarł m.in.: „Pytanie nr 2

Proszę o informacje nt. języków grupy B. Które z nich procentowo występują najczęściej, a które najrzadziej? Informacja ta jest o tyle istotna, ponieważ są duże rozbieżności w cenie tłumaczeń np. pomiędzy językami ukraińskim, czeskim a chińskim, arabskim, czy gruzińskim.

Wyjaśnienie do pytania nr 2

Zamawiający informuje, że zgodnie z aktualnie obowiązującą umową na obsługę tłumaczeniową MRR na lata 2012 – 2013, najczęściej tłumaczenia dotyczyły następujących języków z grupy B: j. słowackiego (34%), j. rumuńskiego (19%), j. chorwackiego (10%) i j. gruzińskiego (9%) a rzadziej: j. czeskiego (6%), j. węgierskiego (4%), j. słoweńskiego (3%), j. włoskiego (3%), j. portugalskiego (3%), j. litewskiego (3%), j. hiszpańskiego (3%), j. bułgarskiego (3%), j. ukraińskiego (1%) i j. arabskiego (1%).

*Zamawiający zastrzega, że ww. dane nie muszą mieć odzwierciedlenia (mogą ulec zmianie) podczas realizacji przedmiotowego zamówienia.”*

Odwołujący w ramach swojej oferty (str. od 2 do 4) przedstawił w formularzu ofertowym cen jednostkowych:

- w pkt 1 za tłumaczenie konsekwentne (w tym szeptane) w grupie języków A (0,01 zł);
- w pkt 2 za tłumaczenie symultaniczne w grupie języków A (0,01 zł),
- w pkt 3 za tłumaczenia pisemne w grupie języków A (98,40 zł),
- w pkt 4 za weryfikację w grupie języków A (0,01 zł),
- w pkt 5 za tłumaczenie przysięgłe w grupie języków A (61,50 zł),
- w pkt 6 za tłumaczenie konsekwentne (w tym szeptane) w grupie języków B (0,01 zł),
- w pkt 7 za tłumaczenie symultaniczne w grupie języków B (0,01 zł),
- w pkt 8 za tłumaczenie pisemne w grupie języków B (0,01 zł),
- w pkt 9 za weryfikację w grupie języków B (0,01 zł),
- w pkt 10 za tłumaczenie przysięgłe w grupie języków B (0,01 zł),
- w pkt 11 za tłumaczenie konsekwentne (w tym szeptane) w grupie języków C (0,01 zł),
- w pkt 12 za tłumaczenie symultaniczne w grupie języków C (0,01 zł),
- w pkt 13 za tłumaczenie pisemne w grupie języków C (0,01 zł),
- w pkt 14 za weryfikację w grupie języków C (0,01 zł),
- w pkt 15 za tłumaczenie przysięgłe w grupie języków B (0,01 zł),
- w pkt 16 za pakiet nr 1 wariant A (0,01 zł),
- w pkt 17 za pakiet nr 1 wariant B (0,01 zł),
- w pkt 18 za pakiet nr 1 wariant C (0,01 zł),
- w pkt 19 za pakiet nr 2 (0,01 zł),
- w pkt 20 za pakiet nr 3 (0,01 zł),
- w pkt 21 za pakiet nr 4 wariant A (0,01 zł),
- w pkt 22 za pakiet nr 4 wariant B (0,01 zł),
- w pkt 23 za pakiet nr 5 (0,01 zł),
- w pkt 24 za pakiet nr 6 (0,01 zł),
- w pkt 25 za pakiet nr 7 (0,01 zł).

W konsekwencji powyższego Zamawiający wezwał Odwołującego wezwaniem z dnia 13.11.2013 r. w trybie art. 87 ust.1 Pzp do wyjaśnień treści oferty m.in. w powyższym zakresie stwierdzając: *„Proszę o wyjaśnienie (wraz ze szczegółowym uzasadnieniem), czy przywołane powyżej ceny uwzględniają rzeczywisty koszt wykonania w/w usług. Niniejsze wezwanie ma na celu wyjaśnienie, czy złożona przez Państwa oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”*

Odwołujący złożył w ramach pisma z dnia 18.11.2013 r. obszernie wyjaśnienia (14 stron, w zakresie przedmiotu sporu od str. 7 do 14). W ramach których podnosił m.in.: „(...)

Na wstępie GTC AMG Sp. z o. o. wskazuje, że cena oferty gwarantuje Wykonawcy zysk. Powyższe wynika z okoliczności, że ceny przywołane przez Zamawiającego w ww. wezwaniu, tj. ceny dla pkt 1-2, pkt 4 oraz pkt 6-25 formularza ofertowego uwzględniają i pokrywają rzeczywisty koszt usług będących przedmiotem zamówienia, a także wszystkie koszty niezbędne do należytego wykonania zamówienia, ponieważ uwzględniają nadwyżkę przychodu zapewnioną przez ceny w pkt 3 i 5 formularza ofertowego. Co więcej, umożliwiają uzyskanie tej nadwyżki. Tym samym zaoferowane ceny pozwalają Wykonawcy na pełne pokrycie kosztów bez względu na faktyczny udział poszczególnych rodzajów tłumaczeń w przedmiocie zamówienia, jednocześnie pozwalając GTC AMG Sp. z o. o. na osiągnięcie zadowalającego zysku.

W tym miejscu GTC AMG Sp. z o. o. zwraca uwagę, że tłumaczenia pisemne w grupie języków A stanowią pod względem wartości i wolumenu około 95 % całego rynku tłumaczeń. Wykonawca posiada kilkudziesięcioosobowy zespół tłumaczy wewnętrznych w tej grupie językowej, którzy pracują na zasadzie ryczałtowego wynagrodzenia miesięcznego, co minimalizuje koszt jednostkowy. Tym samym ze względu na cechy rynku tłumaczeń w połączeniu ze szczególnymi rozwiązaniami organizacyjnymi GTC AMG. koszty tłumaczenia pisemnego (w tym przysięgłego) w grupie języków A są w największym stopniu kontrolowalne, a jednocześnie tłumaczenia te - zarówno w skali całego rynku tłumaczeń, jak i w skali przedmiotowego zamówienia - charakteryzują się największym wolumenem i generują największe przychody. Z uwagi na liczne zobowiązania GTC AMG Sp. z o. o. do stałej gotowości do tłumaczeń, często obwarowanych wysokimi karami umownymi czy nawet możliwością wypowiedzenia umowy, GTC AMG Sp. z o. o. utrzymuje zespół tłumaczy wewnętrznych w grupie języków A przy znacznym zapasie „mocy” tłumaczeniowej. Ich opłacanie na zasadzie ryczałtowego wynagrodzenia miesięcznego powoduje, że dalsze wypełnienie czasu pracy tłumaczy każdym nowym zleceniem w grupie języków A podwyższa rentowność GTC AMG Sp. o. o. (...)” Odnośnie do ryzyk związanych z niepewnością dotyczącą sposobu zamawiania sprzętu (pkt. 16-25 FO) Wykonawca podnosi, iż zawarta w SIWZ/SOPZ koncepcja pakietów i ich niewiadomych kombinacji, która łącznie z wynajmem na godziny (zamiast na dniówki) nie ma żadnego znanego odpowiednika na rynku (zarówno prywatnym, jak i zamówień publicznych), co sprawia, że nie ma możliwości podania w tej pozycji ceny jednostkowej, która niewątpliwie pokryje koszt każdej z możliwych do skomponowania w tej części oferty usługi. Np. naturalny wydawałoby się wzrost ceny w pakiecie sprzętowym nr 2 w stosunku do pakietu nr 1 i w pakiecie nr 3 w stosunku do pakietu nr 2 nie gwarantuje odpowiedniego do kosztów wzrostu przychodu, gdyż taką samą ilość sprzętu Zamawiający może uzyskać poprzez złożenie zamówienia na odpowiednią wielokrotność pakietów sprzętowych nr 1 itd. Ze względu więc na tego rodzaju nieprzewidywalność pewniejszym sposobem uwzględnienia

*tych kosztów jest dokonanie analizy historyczno-statystycznej ogólnych kosztów wynajmu sprzętu w zamówieniach realizowanych przez MRR oraz znalezienie sposobu na ich pokrycie niezależnie od jednostkowego kosztu konkretnego zlecenia. (...)*

*Ze względu więc na tego rodzaju niejednorodność i nieprzewidywalność pewniejszym sposobem uwzględnienia odpowiednich kosztów jest dokonanie analizy historyczno-statystycznej ogólnych kosztów tłumaczeń w tej kategorii realizowanych przez MRR oraz znalezienie sposobu na ich pokrycie niezależnie od jednostkowego kosztu konkretnego zlecenia.*

*Odnosnie ryzyk dotyczących tłumaczeń ustnych w grupie języków A (pkt 1-2 FO) Wykonawca wskazuje, że w tym przypadku występuje znaczna niejednorodność technologiczna i kosztowa między tłumaczami in-house a tłumaczami zewnętrznymi, z których GTC AMG Sp. z o. o. zamierza korzystać. Niejednorodności tej towarzyszy także znaczna nieprzewidywalność dostępności jednej lub drugiej kategorii osób w odniesieniu do konkretnego zlecenia. Ze względu więc na tego rodzaju niejednorodność i nieprzewidywalność pewniejszym sposobem uwzględnienia odpowiednich kosztów jest dokonanie analizy historyczno-statystycznej ogólnych kosztów tłumaczeń w tej kategorii realizowanych przez MRR oraz znalezienie sposobu na ich pokrycie niezależnie od jednostkowego kosztu konkretnego zlecenia. (...)*

*Zatem tylko poprzez maksymalizację przychodu w pkt 3 i 5 Wykonawca pokrywa wszystkie ww. ryzyka. Wystarczające zwiększenie ceny w elemencie oferty o największej wadze wymagało jednak, aby zachować jakichkolwiek szanse na konkurencyjny charakter oferty, dostosowania cen w pozostałych pozycjach, co uczynili też konkurenci (oferta nr 4 i częściowo nr 1). (...)*". Nadto Wykonawca przedstawił porównanie cen z formularza ofertowego z bieżącej oferty z cenami z formularza ofertowego z realizowanego obecnie.

Zamawiający 10.12.2013 r. poinformował Odwołującego oraz innych Wykonawców o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu m.in. oferty GTC AMG Sp. z o.o.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, w ocenie Izby, niniejszy zarzut jest niezasadny, a Zamawiający prawidłowo unieważnił postępowanie z uwagi na brak ważnych ofert. Powyższe jest uzasadnione przede wszystkim z uwagi na prawidłowość czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego, co było przedmiotem odwołania, a do czego Izba odniesie się przy rozpatrywaniu kolejnych zarzutów oraz wykluczenia pozostałych Wykonawców z udziału w postępowaniu



i odrzucenie ich ofert.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego naruszenie art. 7 ust.1 Pzp w zw. z art. 91 ust.1 Pzp, w ocenie Izby, niniejszy zarzut nie został potwierdzony, brak było bowiem, do czego Izba odniesie się przy rozpatrywaniu kolejnych zarzutów, podstaw do wyboru oferty Odwołującego.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 Pzp w kontekście zaniechania odrzucenia oferty Summma Linguae S.A. z takiej samej podstawy prawnej i faktycznej co Odwołującego, mimo że niniejszy Wykonawca zaoferował także w niektórych, tj. 12 pozycjach ceny 0,01 zł (od str. 2 do 3 oferty). Izba oddaliła niniejszy zarzut, wskazując, że niniejszy Wykonawca został wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzucona z innej podstawy prawnej i faktycznej. W konsekwencji brak odrzucenia na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp nie ma wpływu na wynik (art. 192 ust. 2 Pzp).

Oдноśnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp w z w. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w kontekście uznania, że wyjaśnienia Odwołującego z dnia 18.11.2013 r. potwierdzają, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowi czynu nieuczciwej w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. czynu z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy ZNK, Izba uznała, że zarzuty Odwołującego kwalifikują się do oddalenia. Jeżeli nawet Izba nie podziela kwalifikacji zaoferowanych cen przez Odwołującego, jako czynu z art. 15 ust.1 pkt 1 ustawy ZNK, to powyższe nie wpływa na wynik (art. 192 ust.2 Pzp), gdyż Izba uznała zaistnienie przesłanek z art. 3 ust.1 ustawy ZNK. Dodatkowo Izba wskazuje, że zarzuty Odwołującego z formalnego punktu widzenia nie dotyczą innych podstaw odrzucenia jego oferty, tj. art. 58 § 1 LC oraz art. 5 KC, co skutkuje tym, że w tym zakresie odrzucenie oferty Odwołującego pozostało w mocy.

Względem zaś oddalonych zarzutów, Izba podnosi że znaczna ich część i przedłożonych dowodów dotyczy kwestii oferty, jako czynu z art. 15 ust.1 pkt 1 ustawy o ZNK. W tym zakresie przedstawione ceny oferty na pułapie 0,01 zł nie jest wystarczającą podstawą do uznawania, że działanie ma na celu eliminację innych przedsiębiorców, a nie uzyskanie zlecenia (podobnie w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 27.05.2010 r., sygn. akt: X Ga 122/10). Z podobnych względów uwzględniono odwołanie Odwołującego z 2012 r., gdyż ówczesne zarzuty dotyczyły ceny rażąco niskiej, a bardzo często ma miejsce konstruowanie w kontekście ceny rażąco niskiej zarzutu naruszenia art. 15 ust.1 pkt 1 ustawy o ZNK. Podobna sytuacja, jak w 2012 r. miała także miejsce w sprawie

zakończony wyrokiem z dnia 19.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2810/13, tam również zarzuty dotyczyły ceny rażąco niskiej.

Zamawiający w ramach odrzucenia oferty Odwołującego argumentował jednoznacznie, że jego zdaniem zachowanie odwołującego wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i przywołał brzmienie tego przepisu. Według Izby, katalog czynów nieuczciwej konkurencji wymieniony w art. 5 - 17e ww. ustawy nie ma charakteru zamkniętego. Powyższe wynika z literalnej wykładni przepisu art. 3 ust. 2 tej ustawy, w którym jedynie przykładowo wymieniono kategorie czynów wymienionych w części szczegółowej ustawy, na co wskazuje użyte przez ustawodawcę sformułowanie „w szczególności”. A zatem, w świetle art. 3 ust. 1 przywoływanej ustawy, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje również takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17 e ustawy). W ocenie Izby, w przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący naruszył dobre obyczaje kupieckie. Dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie przez Odwołującego działalności gospodarczej nie zwalnia go od przestrzegania ww. reguł. Co więcej obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Spełniona została także druga przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie Odwołującego naruszało interes innych przedsiębiorców. Nawet bowiem jeśli zaoferowali stawki, wynikające z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniając zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, znaleźli się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji. Działanie takie ogranicza bowiem rynkowe reguły uczciwego konkurencji. Żaden bowiem z Wykonawców (nawet Summa Linguae S.A., który zaoferował również w 12 pozycjach cenę 0,01 zł, a więc nie w takiej skali, jak Odwołujący) nie byłoby w stanie konkurować z Odwołującym.

Odwołujący zaoferował w 23 pozycjach z 25 cenę 0,01 zł, wyłącznie po to aby wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktację. W tym zakresie, Izba wskazuje na to, że Odwołujący w ramach wyjaśnień z dnia 18.11.2013 r. wskazał: „(...) tylko poprzez maksymalizację przychodu w pkt 3 i 5 Wykonawca pokrywa wszystkie ww. ryzyka. Wystarczające zwiększenie ceny w elemencie oferty o największej wadze wymagało jednak, aby zachować jakichkolwiek szanse na konkurencyjny charakter oferty,

*dostosowania cen w pozostałych pozycjach, (...)*”. Jeżeli bowiem nawet uznać, że: *„(...) cena oferty gwarantuje Wykonawcy zysk.”*, zaś: *„(...) ceny przywołane przez Zamawiającego w ww. wezwaniu, tj. ceny dla pkt 1-2, pkt 4 oraz pkt 6-25 formularza ofertowego uwzględniają i pokrywają rzeczywisty koszt usług będących przedmiotem zamówienia, a także wszystkie koszty niezbędne do należytego wykonania zamówienia, ponieważ uwzględniają nadwyżkę przychodu zapewnioną przez ceny w pkt 3 i 5 formularza ofertowego. Co więcej, umożliwiają uzyskanie tej nadwyżki. Tym samym zaoferowane ceny pozwalają Wykonawcy na pełne pokrycie kosztów bez względu na faktyczny udział poszczególnych rodzajów tłumaczeń w przedmiocie zamówienia, jednocześnie pozwalając GTC AMG Sp. z o. o. na osiągnięcie zadowalającego zysku.”*, zachowanie Odwołującego obraża dobre obyczaje i prowadzi w sposób sztuczny do zawyżenia punktacji złożonej oferty. Powyższe działanie nie zasługuje na aprobatę. Konkurencja powinna być bowiem przejrzysta, czytelna dla Wykonawców i Zamawiającego, a jego wyniki nie mogą być zafałszowane. Z kolei ocena zachowania podmiotów uczestniczących w obrocie gospodarczym powinna być racjonalna. Izba w tym kontekście przytacza wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28.06.2007 r., sygn. akt: V ACa 371/07 podający, iż *„Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo.”*

Niewątpliwie należy uznać, że w sytuacji gdyby kryteria oceny ofert były odmienne Odwołujący zaoferowałoby inne ceny. Izba podnosi, że w ramach wyjaśnień z 18.11.2013 r. Odwołujący dokonał porównania cen z formularza ofertowego z bieżącej oferty z cenami z formularza ofertowego z realizowanego obecnie, przy czym ówczasie Odwołujący w żadnej pozycji nie zaoferował ceny – 0,01 zł. Podczas rozprawy podnosił kwestii kompensacji wszystkich cen z 23 pozycji cena w poz. 3 i 5, stwierdził również, że inni Wykonawcy dokonywali podobnych działań, zaś na podstawie jego wiedzy i dotychczasowego doświadczenia z Zamawiającym, zaoferowana cen jest realna i dotyczy niewielkiego ułamka zamówienia. Izba podnosi, że jest różnica nawet w zaoferowaniu danej usługi za 1 zł (Kopią umowy z dnia 03.06.2013 r. z Agrotec Polska Sp. z o.o.), od ceny ofertowej 0,01 zł. Zaś Odwołujący nie może w sposób wiarygodny i pewny w 100 % uznać, że wobec zmiany organizacyjnej Zamawiającego jego przewidywania co do faktycznego

zapotrzebowania w toku realizacji zamówienia nie są pozbawione błędów. Z tych względów wszelkie analizy i porównania do poprzednich postępowań prowadzonych przez Zamawiającego na podobny przedmiot zamówienia złożone na rozprawie są nieuzasadnione (1) Tabeli: „Wartość usług zrealizowanych w ramach postępowania z 2010 r. wyliczona dla poszczególnych oferentów na podstawie danych ilościowych”; 2) Tabeli: „Wartość usług zrealizowanych w ramach postępowania z 2010 r. (wg. danych empirycznych przekazanych przez MRR) wg. cenników z postępowania z 2012 r.”; 3) Tabeli: „Porównanie wartości zamówienia z 2012 r. na etapie oceny ofert wg ”starych” danych otrzymanych z MRR dot. poprzedniego postępowania z 2010”; 4) Zestawienie zleceń za X 2013 r.). Jeśli zaś, Odwołujący miał wątpliwości odnośnie właściwych wag nadanych poszczególnym kryterium względem odpowiadającym im proporcjom winien nie poprzestawać na odpowiedziach na pytania (odpowiedź na pytanie 2 – 24.10.2013 r.), ale składać odwołanie na etapie SIWZ (1) Tabeli: „Porównanie wag przypisanych w SIWZ poszczególnym rodzajom usług i ich empirycznego rozkładu wg. danych z realizacji kontraktu w postępowaniu 2012 r.”; 2) Tabeli: „Porównanie wag przypisanych w SIWZ poszczególnym rodzajom usług do ich rozkładu wg danych z SIWZ – postępowanie 2013”). Podobnie jeśli miał wątpliwości względem samych kryteriów oceny ofert i dostrzegał zagrożenia z nimi związane (1) SIWZ Ministerstwa Rozwoju i Rolnictwa Wsi (BDGzp-2120B-113/12); 2) SIWZ Centrum Projektów Informatycznych (27-CPI-WZP-2244/13). Z kolei argumentacja, że inni Wykonawcy przedstawiają oferty także na 0,01 zł lub podobne wartości, stanowi jedynie podstawę do uznania, czy Zamawiający w tych postępowaniach nie powinni odrzucić tych ofert. Nadto, skala jaką zastosował Odwołujący jest niespotykana w żadnym z dokumentów złożonych przez niego na rozprawie (Wykazu przetargów o tożsamym przedmiocie zamówienia z materiałami źródłowymi). Nie wynika z nich również w sposób jasny, jakie obowiązywały w tych postępowaniach kryteria oceny ofert. Przywołanie zaś kwestii oferty CLS oraz protestu i jego rozstrzygnięcia z 2010 r. (1) Kopi oferty CLS z 2010 r.; 2) Kopi wyciągu z planu połączenia Summa Linguae S.A. oraz CLS Sp. J.; 3) Kopi protestu Lidex Sp. z o.o. z dnia 17.03.2010 r. oraz jego rozstrzygnięcia z 30.03.2010 r.), Izba uznała za bezprzedmiotowe albowiem analiza samego rozstrzygnięcia wskazuje, że Zamawiający generalnie odniósł się do kwestii ceny rażąco niskiej nie zaś do uznawania oferty CLS jako czynu nieuczciwej konkurencji. W tym zakresie firma Lidex Sp. z o.o. winna w ówczesnym stanie faktycznym i prawnym rozwyć co najwyżej złożenie odwołania. Względem kwestie oferty Summa Linguae S.A. Izba odniosła się przy rozpatrywaniu wcześniejszego zarzutu.

Izba dodatkowo podkreśla, że samo zaoferowanie 0,01 zł nie wypełnia przesłanek ceny rażąco niskiej i czynu z art. 15 ust.1 pkt 1 ustawy ZNK jeśli jest skompensowane, ma realne uzasadnienie w sytuacji Wykonawcy i nie stanowi odpowiedzi Wykonawcy na przyjęte kryteria oceny ofert, to ostatnie w kontekście art. 3 ust.1 ustawy o ZNK. Względem wyroku

KIO z dnia 26.09.2012 r., sygn. akt: KIO 1934/12 oraz wyroku KIO z dnia 13.01.2012 r., sygn. akt: KIO 2787/11, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że dotyczą one nieco odmiennych stanów faktycznych związanych ze stawką podatku VAT i przyjętymi przez Wykonawców proporcjami, choć poruszają kwestie zaoferowania ceny 0,01 zł. Odnośnie wyroku KIO z dnia 04.07.2013 r., sygn. akt: KIO 1395/13 to kwestia na którą wskazywał Odwołujący odnosiła się do zarzutu opartego na art. 15 ust.1 pkt 1 ustawy o ZNK oraz braku wyceny i nie ma zastosowania w niniejszej sprawie.

Izba dodatkowo wskazuje, że podczas orzekania wzięła pod uwagę wyrok KIO z dnia 05.04.2011 r., sygn. akt: KIO 640/11, wyrok KIO z dnia 21.02.2012 r., sygn. akt: KIO 297/13 oraz wyrok KIO z dnia 18.01.2013 r., sygn. akt: KIO 7/13.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

**Przewodniczący :**

.....