

MANIPULACJA CENĄ OFERTY JAKO PRZESŁANKA ODRZUCENIA OFERTY NA PODSTAWIE ART. 89 UST. 1 PKT 3 PZP

Manipulacja ceną to skalkulowanie przez wykonawcę ceny ofertowej w sposób mający na celu uzyskanie przez tego wykonawcę jak największej ilości punktów biorąc pod uwagę przyjęty przez zamawiającego sposób naliczenia punktów, a nie faktyczną cenę / koszt wykonania danego elementu zamówienia.

Manipulacja ceną może też polegać na przeniesieniu ceny / kosztu wykonania zamówienia pomiędzy pozycjami w sposób narażający zamawiającego na poniesienie zwiększonych wydatków, w tym bez względu na to, czy dany element zamówienia zostanie wykonany.

art. 89 ust. 1 pkt. 3 pzp

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

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.

Do uznania działania wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji konieczne jest wykazanie, że:

- jest ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami (UWAGA: wystarczającym jest wykazanie wyłącznie niezgodności z dobrymi obyczajami);

- narusza ono lub tylko zagraża naruszeniem - interesowi innego wykonawcy lub zamawiającego.

„(...) przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17 e ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji)(...)” - KIO 1536/17

(...) dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą (...) - KIO 1536/17

Uwaga:

„(...) zarzut czynu nieuczciwej konkurencji - skutkiem manipulowania cenami z zamiarem wpływu na punktację oferty w kryterium ceny, mógłby mieć uzasadnienie w przypadku ich zupełnie nierealnego poziomu (np. symbolicznego) (...)” - **KIO 958/17**

Oznacza to, że zamawiający musi wykazać nierealność ceny / kosztu uwzględnionego dla danego elementu zamówienia, a więc wykazać, że bez względu na przyjęty prawidłowy (zgodny z dobrymi obyczajami) sposób szacowania wartości danego (zaniżonego cenowo) elementu zamówienia – nie byłoby możliwe wykonanie go za tak niską cenę.

Uwaga:

„(...) Z punktu widzenia przepisów Pzp i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji **nie jest istotna wartość takiej manipulacji, ale sam fakt jej wystąpienia**. Dla oceny tej sytuacji **nie ma także znaczenia czy popełnienie takiego czynu ma wpływ na wynik klasyfikacji wykonawców, czy też takiego wpływu nie ma**, albowiem obowiązek odrzucenia takiej oferty jest bezwzględny.(...)” - KIO 2225/16, KIO 2226/16, KIO 2229/16, KIO 2230/16

ORZECZNICTWO

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2017-08-11, KIO 1536/17

W tym zarzucie chodzi de facto o przełożenie okoliczności poruszanych we wcześniejszym zarzucie w kontekście podkryterium 3.1, które odnosiło się do wysokości stałej opłaty głównej w pierwszym roku okresu obsługi, czyli OSr, OTr i OPr w pierwszym roku obsługi, za który uważa się rok 2021. W tym wypadku koszt OSr jest nawet niższy niż w latach następnych, a w pozostałym zakresie jest to de facto zero. W ramach tego podkryterium można było uzyskać max 10 pkt. W konsekwencji działań Przystępującego, tj. de facto o których była mowa w poprzednim zarzucie, a co przyznał Przystępujący na rozprawie i w swoim piśmie (okoliczność przyznana - art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp), że przeniósł określone koszty stałe do zmiennych - uzyskał z tego tytułu max ilość punktów. Inaczej mówiąc, jego nieprawidłowe działanie skutkowało korzystniejszą punktacją w podkryterium 3.1 i uzyskaniem 10 pkt (informacja z 14.07.2017 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej).

(...)

Oznacza to, że celem wykonawcy było nie tyle rzetelne skalkulowanie wynagrodzenia ale wskazane wyżej "dopasowanie" go do przyjętego przez Zamawiającego sposobu punktacji w ramach kryteriów oceny ofert.

(...)

*W rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do których odsyła Pzp, w szczególności art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. 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 stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17 e ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Z kolei 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 działalności gospodarczej nie zwalnia wykonawców od przestrzegania ww. reguł - wręcz przeciwnie obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. **Spełniona została także druga przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie Odwołującego naruszało interes innych przedsiębiorców.** 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 09.01.2008 r., sygn. akt: 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, 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 zdaniem Izby działanie, które narusza interes innych Wykonawców.***

Jak wynika z orzeczenia KIO z 14.06.2013 r. o sygn. akt: KIO 1240/13; KIO 1246/13, KIO 1248/13: "ustalenie odrębnie ocenianych cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, 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". Izba uznała tu, że takie postępowanie w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie i interes innych przedsiębiorców, którzy kalkulują swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów jakie poniosą w związku z wycenianą usługą, a nie mogą realnie konkurować z wykonawcą, i nie zasługuje na ochronę. Izba stwierdziła ponadto, że opisane działanie narusza również interes klienta, jakim jest Zamawiający.

Stanowisko dotyczące traktowania jako czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - praktyki manipulowania cenami, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji wyrażała Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyrokach KIO z 05.04.2011 r., sygn. akt: KIO 640/11, z 21.02.2012 r., sygn. akt: KIO 297/12, z 18.01.2013 r., sygn. akt: KIO 7/13, z 20.11.2013 r., sygn. akt: KIO 2587/13, czy też z 14.01.2014 r., sygn. akt: KIO 2936/13. Wart przywołania jest także wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 28.06.2007 r., o 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 niezafalszowane współzawodnictwo".

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2017-08-10, KIO 1476/17

Rażąco niska cena odnosi się do ceny całościowej zamówienia Jednakże w niniejszym postępowaniu istotne elementy ceny zostały zaniżone i w zakresie tych elementów, cena zamówienia jest rażąco niska. Są to elementy, które mają istotne znaczenie z uwagi na fakt ich wyodrębnienia przez Zamawiającego, co oznacza, że te elementy cenowe miały istotne znaczenie dla Zamawiającego. W ocenie Izby, do sztucznego zawyżenia punktacji w ofercie Przystępującego, doszło właśnie poprzez zaoferowanie rażąco niskiej ceny w pozycjach nr 2 i 3 kosztorysu. Ceny jednostkowe w tych pozycjach, stanowią zarówno podstawę do obliczenia całej ceny, jak również mają większościowy wpływ na ranking ofert. Każda zatem z tych cen, powinna zostać obliczona w sposób realny i rynkowy. Z uwagi na powyższe, analizowanie zaoferowanych w niniejszym postępowaniu cen jednostkowych, pod kątem ceny rażąco niskiej, jest w pełni uprawnione.

Już z tego powodu, oferta Przystępującego podlega odrzuceniu, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Izby, działanie Przystępującego spełnia przesłanki do uznania ich za czyn nieuczciwej konkurencji. Przystępujący dokonał bowiem nieuprawnionego przerzucenia kosztów w ramach poszczególnych pozycji kosztorysu cenowego, koszty związane z gotowością sprzętu przenosząc do kosztów związanych z realizacją poszczególnych usług. W rezultacie zawarta w ofercie Przystępującego część ceny z tytułu realizacji poszczególnych usług jest wygórowana, natomiast część ceny z tytułu postawienia urządzeń w gotowości - rażąco niska. Taka struktura cen w ofercie Przystępującego nie wynika z rzeczywistych kosztów ponoszonych przez Przystępującego i realiów rynkowych, ale z chęci maksymalnego wykorzystania przyjętego przez Zamawiającego sposobu oceny ofert oraz oceny poszczególnych składników cenowych. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający, konstruując w taki sposób kryteria oceny ofert, oczekiwał realnej wyceny. Działanie Przystępującego musi zostać ocenione jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, jakie obowiązują w praktyce gospodarczej. Jednocześnie działanie Przystępującego zagraża nie tylko interesom innych przedsiębiorców, ale także Zamawiającego. W rezultacie bowiem działań Przystępującego, jego oferta, pomimo, że zawierająca cenę prawie dwukrotnie wyższą od ceny zawartej w ofercie Odwołującego, została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Zgodnie z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Przepis ten zawiera przykładowe wyliczenie czynów, które bez wątplenia ustawa uznaje za mające na celu utrudnienie przedsiębiorcom dostępu do rynku.

Izba podziela stanowisko, wyrażone w Uchwale z 16 kwietnia 2014 roku sygn. KIO/KD 30/14, zgodnie z którym "okolicznością przesądzającą o naganności postępowania wykonawcy w stopniu uzasadniającym zastosowanie przepisu art. 15 uznk jest manipulowanie ceną w celu uzyskania zamówienia. Ponieważ taka czynność zagraża 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 działalnie wykonawcy utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ."

W świetle powyższego należało uznać, że oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podkreślić należy, że przy podstawie odrzucenia oferty z powodu popełnienia przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji, ustawa nie nakłada na Zamawiającego obowiązku dokonywania czynności wyjaśnienia treści złożonej oferty.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2017-05-22, KIO 958/17

Na marginesie jedynie Izba zaznacza, że zarzut czynu nieuczciwej konkurencji - skutkiem manipulowania cenami z zamiarem wpływu na punktację oferty w kryterium ceny, mógłby mieć uzasadnienie w przypadku ich zupełnie nierealnego poziomu (np. symbolicznego). Zamawiający nie odrzucił oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, jako złożonej w warunkach nieuczciwej konkurencji - wyłącznie dla uzyskania większej punktacji. W porównaniu do ceny oferty wybranej nie można zarzucić, iż omawiana cena ma charakter nierealny, czy symboliczny, skoro rozbieżność cenowa między ofertą odwołującego a ofertą wybraną do realizacji zamówienia była rzędu około 43 000,00 zł.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2017-03-14, KIO 373/17

Z art. 3 ust. 1 Znk wynika, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Izby przywołana regulacja, poza spełnianiem funkcji korygującej i uzupełniającej na gruncie przepisów Znk, stanowi również definicję uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji, umożliwiającą na jej podstawie uznawanie zachowań nienazwanych (niestypizowanych) w dalszych przepisach Znk (art. 5 i nast.) za nieuczciwie naruszające konkurencję. Na podstawie komentowanego przepisu możliwe jest zatem uznanie za czyn nieuczciwej konkurencji każdego sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami zachowania przedsiębiorcy, które nie

tylko narusza interes innego przedsiębiorcy, ale również naruszeniem takim zagraża. **Istotne jest jedynie wykazanie sprzeczności takiego zachowania z prawem lub dobrymi obyczajami, powstania stanu zagrożenia lub naruszenia interesu prawnego innego przedsiębiorcy lub klienta oraz związku pomiędzy naruszeniem (powstaniem stanu zagrożenia) a zasługującym na ochronę interesem innego uczestnika rynku.**

(...)

Okolicznością kwestionowaną w ramach omawianego zarzutu była zasadność i rzetelność podziału ceny oferty M. na kwoty (netto) obejmujące realizację usługi stanowiącej przedmiot zamówienia na powierzchniach wewnętrznych i terenach zewnętrznych w proporcji 70.971,90 zł do 153,965,60 zł. W ocenie Odwołującego oderwane było to od rzeczywistych kosztów wykonywania tych elementów usługi i ukierunkowane było na dodatkowe, nieuprawnione obniżenie ceny oferty stanowiącej wyłączone kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie było przy tym okolicznością sporną, że świadczenie usług sprzątkowania powierzchni wewnętrznych opodatkowane jest podstawową stawką VAT, podczas gdy wykonywanie takich usług na terenach zewnętrznych korzysta ze stawki obniżonej.

Analiza treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego potwierdza zasadność postawionej przez Odwołującego tezy. Abstrahując od dokonanych przez Odwołującego wyliczeń właściwego stosunku kosztów realizacji wskazanych powyżej rodzajów usług sprzątkowania (odpowiednio 58% do 42%), opartych - jak sam przyznał - wyłącznie na kosztach osobowych, skład orzekający doszedł do przekonania, że uwzględnienie w kosztach sprzątkowania powierzchni wewnętrznych choćby tylko tego składnika wyczerpywało niemal w całości ten element ceny oferty. Jeżeli bowiem wziąć pod uwagę konieczność zatrudnienia do sprzątkowania powierzchni wewnętrznych przynajmniej 28 osób (wymóg Zamawiającego) i okoliczność zatrudniania ich w pełnym wymiarze czasu pracy (deklaracja Przystępującego z wyjaśnień rażąco niskiej ceny), to uwzględniając wyliczenia kosztów osobowych zawarte w poz. 1 i 2 tabeli ze wspomnianych wyjaśnień, należało stwierdzić, że wynoszą one łącznie 67.205,60 zł netto (120.010,00 zł/50 x 28), stanowiąc 94,7% całkowitego kosztu sprzątkowania powierzchni wewnętrznych zadeklarowanego przez M. w formularzu oferty. Odwołujący trafnie wskazywał, że do powyższej kwoty należałoby doliczyć chociażby koszty wskazane przykładowo pod poz. 3, 4, 6 i inne dotyczące tego aspektu usługi sprzątkowania. **W ocenie Izby Przystępujący dokonał zatem świadomego przeniesienia części kosztów świadczenia usługi na powierzchniach wewnętrznych do kosztów dotyczących realizacji zamówienia na terenach zewnętrznych, co - biorąc pod uwagę różne stawki VAT - pozwoliło na dodatkowe obniżenie ceny jego oferty.**

(...)

Niezależnie od funkcjonujących w doktrynie interpretacji pojęcia dobrych obyczajów, jednej kładącej nacisk na kryteria etyczno-moralne, drugiej - zwracającej uwagę na kryteria ekonomiczno-funkcjonalne (szerzej zob. M. Zdyb: Komentarz do art. 3 Znk - teza 90 i nast. [w:] M. Sieradzka (red.): Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, LEX/el.) pod pojęciem tym Izba w ogólności rozumie szczególną umiejętność, staranność zawodową (profesjonalizm jakiego oczekuje się od porządnego przedsiębiorcy), uczciwość działania i dobrą wiarę. **Podjmując opisane powyżej działania M. wymogom tym nie sprostał, naruszając tym samym interes Odwołującego, jako podmiotu ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Trzeba mieć na względzie, że Odwołujący - podobnie jak każdy inny konkurent Przystępującego - ma prawo oczekiwać nie tylko równego traktowania ze strony Zamawiającego, ale również możliwości konkurowania na równych i uczciwych zasadach z innymi uczestnikami rynku.** Okoliczność, że pojęcie uczciwej konkurencji użyte zostało w adresowanym do zamawiającego przepisie art. 7 ust. 1 Pzp nie oznacza, że na akceptację zasługują jakiegokolwiek zachowania uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Braku wspomnianej akceptacji ustawodawca dał wyraz właśnie w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, nakazującym odrzucenie oferty wykonawcy, który składając ofertę dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji. Innymi słowy - obowiązkiem zamawiającego jest stworzenie na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ram dla uczciwego konkurowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, a obowiązkiem wykonawców jest uczciwe konkurowanie o wybór ich ofert. Zachowanie M. taką konkurencję zaburzyło, jako że stanowiło odstępstwo od zasad rzetelnego kalkulowania ceny oferty, której oczekiwać należy od każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2016-12-22, KIO 2225/16, KIO 2226/16, KIO 2229/16, KIO 2230/16

Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby, złożenie przez konsorcjum Porr tak skalkulowanej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na manipulacji poszczególnymi cenami. **Manipulacja ta polega na tym, że część kosztów usług czy też dostaw została ujęta nie przy czynnościach generujących te koszty, tylko przy innych czynnościach. Przerzucenie to nastąpiło z części niepewnej wynagrodzenia (czyli wynagrodzenia za zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych) do części pewnej (wynagrodzenia za zamówienie podstawowe). Tego rodzaju postępowanie (manipulacja cenami) narusza klauzulę generalną i jest sprzeczne z dobrymi obyczajami (np. uczciwości wobec kontrahenta) i narusza interesy zarówno klienta (zamawiającego) jak i interesy konkurentów tworząc niczym nie uzasadnioną przewagę konkurencyjną.** Wielokrotnie KIO wskazywała, że tego rodzaju manipulacja ceną (jej poszczególnymi składnikami) stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, którego konsekwencją musi być odrzucenie takiej oferty.

W tym miejscu wskazać można na takie wyroki KIO jak:

- wyrok z dnia 23.05.2016 r. (KIO 547/16, KIO 550/16, KIO 552/16), w którym KIO dokonując oceny stosunkowo podobnej zauważyła, co następuje: **Dodatkowo zaniżenie stawki za I PF [czyli stawki rozliczanej kosztorysowo za wykonanie tzw. punktu funkcyjnego przy p. T.S.] wg którego będą rozliczane usługi rozwoju przy jednoczesnym zawiązaniu wynagrodzenia za usługi utrzymania prowadzi do wniosku, że wykonawca ten w sposób nieuprawniony dokonał "przerzucenia" części kosztów z elementów wynagrodzenia zmiennego (usług rozwoju) do kosztów związanych z elementem stałym (usług utrzymania). Oznacza to, że niedoszacowane ceny za prace rozwojowe będą znajdowały pokrycie w usługach utrzymania, płatnych niezależnie od faktycznego zlecenia usług rozwoju,**

- wyrok z dnia 24.09.2014 r. (KIO 1844/14), w którym wskazano, **W ocenie Izby, przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia z pewnością jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes zamawiającego. Celem takiego działania nie jest zaoferowanie zamawiającemu jak najkorzystniejszych warunków, czy konkurowanie ceną, a jedynie wykorzystanie przyjętych w specyfikacji założeń obliczenia ceny - służących jedynie porównaniu zaoferowanych cen - do podwyższenia wynagrodzenia ze szkodą dla zamawiającego. Zamawiający zlecając odwołującemu prace z pozycji 1 i 2 Załącznika nr 1a do formularza oferty musiałby zapłacić ukrytą w cenie za te pozycje cenę za wykonanie prac z pozostałych pozycji załącznika, co do których nie ma pewności czy i w jakim wymiarze zostaną zlecone w toku realizacji umowy. Jednocześnie, przeniesienie do pozycji 1 i 2 Załącznika nr 1a do formularza oferty kosztów usług z pozostałych pozycji Załącznika nr 1a do formularza oferty pozwoliłoby odwołującemu na uzyskanie znacznie wyższego wynagrodzenia niż uzyskane w sytuacji rzetelnej wyceny poszczególnych usług. Takie działanie nie jest jedynie formalnym przeniesieniem wartości pomiędzy pozycjami, ale ma dla zamawiającego konkretny wymiar finansowy. Takie postępowanie, w ocenie Izby, nie zasługuje na ochronę i oznacza wypełnienie przesłanek z art. 3 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji."** Podobnie KIO w m.in. wyrokach z dnia 19.02.2014 r. (KIO 216/14), z dnia 09.06.2014 r. (KIO 1049/14), z dnia 14.01.2015 r. (KIO 2734/14), z dnia 10.11.2016 r. (KIO 2043/16).

W ocenie Izby, nie ma przy tym znaczenia to, czy takie "przerzucenie" kosztów dotyczy ich całości, czy tylko części. Istotą jest bowiem próba obciążenia zamawiającego tymi kosztami lub ich częścią bez względu na to czy zamawiający zamówi wykonanie usług generujących te koszty czy ich nie zamówi. Z punktu widzenia przepisów Pzp i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie jest istotna wartość takiej manipulacji, ale sam fakt jej wystąpienia. Dla oceny tej sytuacji nie ma także znaczenia czy popełnienie takiego czynu ma wpływ na wynik klasyfikacji wykonawców, czy też takiego wpływu nie ma, albowiem obowiązek odrzucenia takiej oferty jest bezwzględny.