Sygn. akt: KIO 2164/18

WYROK
z dnia 9 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Jolanta Markowska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 października 2018 r. przez wykonawcę: **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k., ul. Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Telewizja Polska S.A., ul. Jana Pawła Woronicza 17, 00-990 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **eTravel S.A., Al. Jerozolimskie 142B, 02-305 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2164/18 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy eTravel S.A. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp w zakresie wyliczenia w ofercie tego wykonawcy kosztów istotnych części składowych przedmiotu zamówienia oraz złożenia dowodów, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, pozostałe zarzuty uznając za niezasadne,**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Telewizja Polska S.A., ul. Jana Pawła Woronicza 17, 00-990 Warszawa,** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k., ul. Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn** tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Telewizja Polska S.A., ul. Jana Pawła Woronicza 17, 00-990 Warszawa** na rzecz wykonawcy: **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k., ul. Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

……

Sygn. akt: KIO 2164/18

Uzasadnienie

Zamawiający, Telewizja Polska S.A. prowadzi postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Obsługa podróży służbowych zlecanych przez Telewizję Polską S.A. w okresie 24 miesięcy". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 125-285197 w dniu 3 lipca 2017 r.

Zamawiający dnia 12 października 2018 r. wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy e-Travel S.A. z siedzibą w Warszawie.

Wykonawca WhyNotTravel sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Kielnarowej wniósłodwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty e-Travel S.A., w której wykonawca nie zaoferował wykonania usług polegających na wykonaniu rezerwacji hotelowych (opłaty transakcyjne: O_1-O_4), o czym świadczy brak wycenienia przez tego wykonawcę w Formularzu ofertowym opłat transakcyjnych za rezerwacje hotelowe;

2.w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1 — naruszenie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy eTravel do wyjaśnień dotyczących cen (opłat transakcyjnych) za usługi rezerwacji hotelowych, usługi wystawienia biletów, usługi pośrednictwa w wynajmie samochodu (opłaty transakcyjne O_1 - O_{10}), podczas gdy ceny za wymienione usługi są rażące niskie i nie uwzględniają kosztów realizacji usług, rezerw związanych z ryzykami dotyczącymi tych usług, usług dodatkowych, a także należnego zysku w ten sposób, iż budzi to wątpliwości w zakresie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego;

3.art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w zw. z art. 15 ust 1 pkt 1 i 3 ww. ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty eTravel, pomimo że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wyrażający się w zaoferowaniu za usługi rezerwacji hotelowej (O_1 – O_4 Formularza ofertowego) ceny 0,00 zł w celu uzyskania zamówienia pomimo że jest to cena nierealna,

4. art. 7 ust. 1 Pzp i art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

ewentualnie

5.art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z. art. 146 ust. 6 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo że obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na sformułowaniu kryterium oceny ofert „cena noclegu w hotelach" (waga 30%) w sposób uniemożliwiający złożenie konkurencyjnej oferty i porównanie ofert, co mogło wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2)odrzucenia oferty eTravel S.A. jako niezgodnej z treścią SIWZ,

3)odrzucenia oferty eTravel S.A. jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, ewentualnie

4)wezwania wykonawcy e-Travel S.A. do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę i koszt

5)unieważnienia postępowania.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał zaoferowania następujących usług, tj.:

-„rezerwacji i wykupienia noclegów w kraju i poza granicami kraju, dostarczania Dokumentów podróży potwierdzających Nocleg,

-rezerwacji wykupienia i dostarczania biletów kolejowych, autobusowych i promowych na trasach krajowych i międzynarodowych"

-pośrednictwa w wynajmie samochodów poza granicami kraju (z kierowcą lub bez% dostarczania dokumentów podróży potwierdzających wynajem,

-obsługi formalności wizowych,

-obsługi wszelkich zmian w czasie trwania podróży,

-wykonywania raportów za zrealizowane usługi według kryteriów i w terminach ustalonych przez TVP S.A.

W rozdziale 15. w pkt 15.2 ppkt 15.2.1-15.2.3 SIWZ Zamawiający wskazał, że oferty oceniane będą na podstawie następujących kryteriów:

-(1) *„wysokość opłat transakcyjnych"*- waga 60 %;

-(2*) „wysokość opustów od ceny biletów kolejowych"* - waga 10 %;

- (3)„ *cena noclegów w hotelach"* - waga 30 %.

Wykonawca eTravel S.A. złożył Formularz ofertowy, będący podstawą do oceny dwóch pierwszych z wymienionych wyżej kryteriów, a także Formularze zadaniowe, będące podstawą do oceny w ramach trzeciego kryterium.

Zarzut nr 1 - sprzeczność oferty eTravel S.A. z treścią SIWZ dotycząca niezaoferowania przez eTravel S.A. usług rezerwacji hotelowych

W Formularzu ofertowym należało podać ceny za poszczególne usługi rezerwacji hotelowej (oznaczone symbolami O_1 – O_{10}).

Analiza oferty eTravel prowadzi do wniosku, że nie zaoferował on usług rezerwacji hotelowych (O_1 - O_4), gdyż odnośnie tych usług wskazał „0,00 zł." Trudno przyjąć, by wykonawca chciał w tym zakresie zadeklarować, że wykona usługi rezerwacji hotelowych za darmo. Mając to na uwadze, uznać należy, że oferta e-Travel podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zarzut nr 2 - Zaniechanie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w ofercie eTravel (poz. O_1- O_{10}).

Wykonawca w Formularzu ofertowym w tabeli dotyczącej opłat transakcyjnych wskazał opłaty transakcyjne, które

są rażąco niskie i jako takie nie umożliwiają realizacji zamówienia z należytą starannością. Za rażąco niskie należy uznać ceny wszystkie następujące ceny (opłaty transakcyjne):

-O_1- za rezerwację hotelową na terenie kraju dla jednej osoby przy rezerwacji od 1 - 9 osób - 0,00 zł

-O_2 - za rezerwację hotelową na terenie kraju dla jednej osoby przy rezerwacji powyżej 9 osób - 0,00 zł,

-O_3 - za rezerwację hotelową poza granicami kraju dla jednej osoby przy rezerwacji od 1 - 9 osób - 0,00 zł,

-O_4 - za rezerwację hotelową poza granicami kraju dla jednej osoby przy rezerwacji powyżej 9 osób - 0,00 zł,

-O_5 - za wystawienie biletu kolejowego na połączenie krajowe dla jednej osoby - 8,00 zł,

-O_6 - za wystawienie biletu kolejowego na połączenie międzynarodowe dla jednej osoby - 8,00 zł,

-O_7 - za pośrednictwo w wynajmie samochodu z kierowcą lub bez poza granicami kraju - 8,00 zł,

-O_8 - za wystawienie biletu autobusowego na połączenia krajowe i międzynarodowe dla jednej osoby - 8,00 zł,

-O_9 - za wystawienie biletu na prom na połączenia krajowe i międzynarodowe dla jednej osoby - 5,00 zł,

-O_{10} - za pośrednictwo w obsłudze formalności wizowych - 49,00 zł.

Wszystkie wymienione ceny transakcyjne są nierynkowe i nierealne. Jedną z okoliczności, która o tym świadczy, jest to, że za opłaty transakcyjne za rezerwacje hotelowe od O_1 - O_4 wykonawca e-Travel S.A. wskazał cenę 0,00 zł, a zatem nie ujął w tej cenie żadnych kosztów, rezerw czy zysku. Nie da się realnie wykonać danej usługi dotyczącej rezerwacji hotelowej za 0,00 zł - cena taka nie zawiera żadnego elementu cenotwórczego.

Ponadto, o nierealności cen O_1 - O_{10} świadczy porównanie do cen (opłat transakcyjnych) w ofercie Odwołującego. Odwołujący zaoferował w tym zakresie ceny o co najmniej 50% wyższe. Zgodnie z art. 90 ust. 1a Pzp, Zamawiający ma obowiązek zwrócenia się do wykonawcy w zakresie wyjaśniać dotyczących ceny rażąco niskiej, w sytuacji, w której cena jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający zaniechał przedmiotowego wezwania, w czym naruszył wspomniany przepis.

Dodatkowo, Zamawiający, mając na względzie wysokość cen oferowanych przez Odwołującego, które częściowo są na poziomie zerowym, a także które są znacząco niższe od stawek Odwołującego, a także biorąc pod uwagę postanowienia SIWZ (dotyczące m in. zakresu rzeczowego, jakie muszą obejmować ceny), powinien był odnośnie nich powziąć wątpliwość i wezwać eTravel do wykazania realności oferowanych stawek. W szczególności Zamawiający powinien był zobowiązać wykonawcę do przedstawienia szczegółowej kalkulacji dotyczącej każdej ze stawek na potwierdzenie, że każda z nich umożliwia realizację usługi, której dotyczy.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca powinien tak skalkulować daną cenę (daną opłatę transakcyjną), by zawierała ona wszystkie niezbędne koszty realizacji danej usługi, której dotyczy. Zgodnie z wzorcem umowy - załącznikiem nr 1 do SIWZ, rozliczenie z wykonawcą następuje za daną usługę na podstawie zleconych przez Zamawiającego i rzeczywiście wykonanych przez wykonawcę usług pośrednictwa. Zatem, wysokość każdej z opłat musi być realna, zawierać nie tylko wszelkie koszty wykonania danej usługi, ale również rezerwę na ryzyka związane z realizacją danej usługi, a także przewidywany zysk. Cena całkowita w postępowaniu nie jest ceną ryczałtową i wobec tego nie jest możliwe ewentualne pokrywanie kosztów, czy strat w ramach innych wykonanych usług. Koszty, rezerwy oraz zysk muszą być przypisane w stosunku do konkretnej, podanej wysokości opłaty transakcyjnej. Zgodnie z § 6 ust. 5 i ust. 6 wzorca umowy, wykonawca otrzyma wynagrodzenie w postaci opłaty transakcyjnej za daną, konkretne zrealizowaną usługę, określoną w § 2 ust. 1 umowy. Zgodnie z wzorcem umownym „*Wykonawcy z tytułu realizacji wszelkich czynności związanych z wykonywaniem usług określonych w § 2 ust. 1 Umowy przysługuje jedynie wynagrodzenie w postaci opłaty transakcyjnej - zgodnie z Załącznikiem nr 2 do Umowy - za usługi zrealizowane w ramach Umowy, faktycznie zlecone przez TVP S.A. i wykonane przez Wykonawcę*”(par. 6 ust. 5 wzoru umowy - załącznik nr 1 do SIWZ).

Dodatkowo, wykonawca miał obowiązek uwzględnienia w ofercie wszystkich kosztów realizacji w całym okresie trwania Umowy, tj. maksymalnie 24 miesięcy (§ 3 wzoru umowy - zał. nr 1 do SIWZ). Wykonawca realizujący zamówienie nie ma gwarancji jakie usługi i w jakiej ilości będą świadczone, gdyż usługi te będą zależały od bieżących potrzeb Zamawiającego w zakresie rezerwacji hotelowych czy biletowych, a także wynajmu samochodu czy w zakresie formalności wizowych (§ 1 ust. 3 wzoru umowy - zał. nr 1 do SIWZ). Wobec tęgo nie może zakładać oczekiwanego zysku czy pokrycia kosztów w ramach innych usług. Podobnie nie może pokrywać kosztów realizacji w ramach innych realizowanych przez siebie umów. Powinien również przewidzieć w ofercie ryzyko, że dane usługi, nie będą w ogóle świadczone, inne zaś będą w większym, niż można pierwotnie przypuszczać, rozmiarze. Wybrany wykonawca nie uwzględnił w swojej ofercie w szczególności:

-kosztów księgowości.

-kosztów pracy.

-kosztów zarządu.
-kosztów podatków i opłat dodatkowych.
-koszt opłat transakcyjnych.
-koszty czynności polegających na odbiorze i dostarczaniu dokumentów podróży, w tym dostarczaniu dokumentów do placówek konsularnych właściwych dla danego rodzaju wizy.
-koszty obsługi wszelkich zmian w czasie trwania podróży.
-koszty wykonywania raportów za zrealizowane usługi według kryteriów i w terminach ustalonych przez TVP S.A.
„Na wartość Umowy składają się wszelkie koszty, jakie TVP S.A. poniesie z tytułu realizacji Umowy, w szczególności koszt usług wraz z należnymi podatkami i opłatami dodatkowymi, o ile wynikają z przepisów lokalnych lub międzynarodowych oraz koszt opłat transakcyjnych" (tak w § 6 ust. 1 wzorca umowy - zał. nr 1 do SIWZ).

Odnośnie kosztów zatrudnienia, Odwołujący wskazał, że eTravel S.A. nie uwzględnił kosztów zatrudnienia odpowiedniej ilości pracowników, dysponujących czasem koniecznym do wykonania wszystkich czynności wskazanych w umowie, skierowanych do obsługi przedmiotowej umowy. W szczególności ani 8 zł, ani tym bardziej 0 zł nie wystarczy na pokrycie kosztów pracy danych pracowników. Ponadto, należało uwzględnić wymóg Zamawiającego zatrudniania takich pracowników na umowę o pracę (§ 4 ust. 5 wzoru umowy - zał. nr 1 do SIWZ).

Dodatkowo, pracownicy skierowani do obsługi umowy muszą posiadać należyte kwalifikacje i dysponować wynagrodzeniem adekwatnym do wykonywanej pracy (§ 4 ust 6 i 8 wzoru umowy - załącznik nr 1 do SIWZ). Zamawiający wymaga także zapewnienia zastępowalności osób (§ 4 ust. 6 wzoru umowy - załącznik nr 1 do SIWZ).

Zamawiający nie wyjaśnił, skąd tak niska cena oferty eTravel S.A. w poszczególnych pozycjach Formularza ofertowego pomimo, iż w sposób oczywisty cena na poziomie 0 zł nie może uwzględniać żadnych kosztów realizacji zamówienia. Należy zauważyć, iż odpowiedzialność za realizację zamówienia publicznego w sposób prawidłowy i oparty na zasadach uczciwej konkurencji, ciąży nie tylko na wykonawcach, ale również na Zamawiającym.

Mając na uwadze powyższe, zasadny jest zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnień w zakresie dotyczącym rażąco niskiej ceny, w czym Zamawiający uchybił treści art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp.

<u>Zarzut 3 - Czyn nieuczciwej konkurencji dotyczący manipulowania cenami oraz utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku</u>

Konkurencja, w szczególności na rynku zamówień publicznych, powinna cechować się uczciwymi zwyczajami i praktykami po stronie przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia, nie zaś zabiegami czysto matematycznymi nakierowanymi wyłącznie na ustawienie się w pozycji korzystniejszej od innych przedsiębiorców. Praktyka taka jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie kwalifikowana jako niedozwolony czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał na uzasadnienia wyroków Izby: z 28.03.2017 r., sygn. akt: KIO 437/17, z 17.10.2016 r., sygn. akt: KIO 1823/16, z 03.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2553/15, z 24.09.2014 r., sygn. akt: KIO 1844/14.

Zgodnie z Formularzem oferty, Zamawiający wymagał, aby w ofercie zawrzeć cenę będącą elementem rozliczeniowym dla każdej części zamówienia (każdej usługi (O_1 - O_{10}). Wykonawca eTravel S.A. dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji wyceniając usługi rezerwacji hotelowych na poziomie 0 zł.

Zamawiający wymagał odrębnego wycenienia każdego składnika świadczenia odrębnie. Zgodnie z definicją ceny, jest to kwota, którą „zamawiający zapłaci za spełnione świadczenie" (art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług w zw. z art. 2 pkt 1 Pzp). Z istoty tej definicji wynika, że nie jest możliwe zapłacenie 0 zł za świadczenie, gdyż równe byłoby to brakowi zapłaty. Interpretacja przeciwna dokonywana jest z naruszeniem przepisów prawa, w tym przepisu o jednoczesności spełniania świadczeń wzajemnych oraz dobrych obyczajów, które nie dopuszczają zredukowania do zera wynagrodzenia za jakiekolwiek świadczenie.

Wycena wymienionych usług na poziomie 0 zł stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jest to bowiem manipulowanie składnikami ceny w celu uzyskania korzystniejszej pozycji w postępowaniu względem Odwołującego. Przeniesienie tego wynagrodzenia do innych płatności lub założenie nieprawidłowej realizacji usługi albo założenie wykonania jej ze stratą pozwala na uzyskanie nieuprawnionej przewagi kontraktowej, co stanowi naruszenie dobrych obyczajów, tj. art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jednocześnie, ukształtowanie cen na poziomie od 0 zł do 8 zł nie służy wykonawcy eTravel do osiągnięcia zysku. Jedynym celem działania eTravel polegającym na zaniżeniu cen poniżej kosztów wytworzenia usługi jest eliminacja konkurencji. Wykonawca eTravel zaoferował znacząco niższe ceny niż zwykle oferuje swoim klientom, tylko po to, aby nie dopuścić do wykonania zamówienia przez Odwołującego.

<u>Zarzut nr 4 ewentualny - zaniechanie unieważnienia postępowania</u>

W pkt 5.4.3 SIWZ Zamawiający zawarł opis sposobu oceny ofert w ramach kryterium„cena noclegu w hotelach" (waga 30%). Zamawiający wskazał w szczególności, że „W ramach przedmiotowego kryterium Wykonawca zobowiązany jest do dokonania rezerwacji zgodnie z Formularzem zadaniowym, stanowiącym Załącznik Nr 4 do SIWZ, z

uwzględnieniem poniższych zasad:
1)prawidłowo wypełniony Formularz zadaniowy musi zawierać wypełnione tabele: Zadanie 1 - tabele od numeru 1 do numeru 8, Zadanie 2 - tabele od numeru 1 do numeru 12 (pkt 5.4.3 pkt 1 SIWZ).
Tabele zawierają kalkulację cen za noclegi w podanych przez Zamawiającego obiektach noclegowych. Tabele należy wypełnić zgodnie z podanymi przez Zamawiającego wytycznymi."

Z powyższego wynika, że Zamawiający w sposób jednoznaczny uznał, że przyzna punkty, jeśli wykonawca wypełni wszystkie pola Formularza zadaniowego, tj. formularz ten będzie zawierał wszystkie wymagane rezerwacje w obiektach wskazanych przez Zamawiającego.

Tymczasem wykonawca eTravel złożył Formularz zadaniowy, w którym wskazał, że nie dokonał wszystkich wymaganych rezerwacji, gdyż w wymaganych terminach we wskazanych lokalizacjach nie było wolnych miejsc. Mimo to Zamawiający przyznał wykonawcy 30 punktów.

Zamawiający nie przewidział w SIWZ sytuacji, w której wykonawca nie zarezerwował danej lokalizacji z braku wolnych miejsc w wymaganym terminie. Pozwoliło to sądzić wykonawcom, że w sytuacji, w której nie ma wolnych miejsc, nie jest celowym składanie formularza, gdyż oznaczałoby to brak przyznania jakiejkolwiek punktacji w przedmiotowym kryterium. Tymczasem, sądząc po przyznaniu eTravel kompletu punktów w tym kryterium, wydaje się, że Zamawiający próbuje zinterpretować postanowienia SIWZ (15.4.3 ppkt 11) lit a)-d) w ten sposób, by w takiej sytuacji przyznać wykonawcy eTravel punkty w tym kryterium.

Niespójność i niejasność postanowień SIWZ (pkt 5.4.3 pkt 1 i pkt 11) lit. a)-d) SIWZ) stanowi o niegodności z art. 7 ust. 1 Pzp, tj. o naruszeniu przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji przy formułowaniu przedmiotowego kryterium oceny ofert. Wykonawcy zostali wprowadzeni w błąd odnośnie tego, czy otrzymają punkty za złożenie Formularza zadaniowego, jeśli nie będzie on zawierał wszystkich rezerwacji z przyczyn niezależnych od wykonawcy (brak wolnych miejsc).

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp, Zamawiający powinien dążyć do wyboru oferty najkorzystniejszej, stosując zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 91 ust 1 w zw. z art. 7 ust 1 Pzp). W niniejszym postępowaniu Zamawiający w SIWZ wymagał wypełnienia Formularza ofertowego zgodnie z realnymi założeniami, zatem każda z jego pozycji powinna zawierać ceny zawierające realne kalkulacje. Intencja Zamawiającego, aby wycena cen jednostkowych była realna i ujmowała wszelkie koszty wykonania danego rodzaju prac jest klarowna i widoczna. Zachowanie wykonawcy eTravel nie mieści się w granicach rzetelnego i niezafałszowanego współzawodnictwa jakością, ceną i innymi pożądanymi przez klientów cechami oferowanych towarów lub usług, o którym mowa w wyroku Sądu Apelacyjnego Warszawie z dnia 4 marca 2013 r. sygn. akt I ACa 923/12. Podobnie wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Katowicach, który w wyroku z dnia 24 maja 2007 r. (sygn. akt V ACa 328/07).

Wykonawca eTravel S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego.

Zamawiający, pismem z dnia 5 listopada 2018 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Podniósł, że odwołanie jest bezzasadne i powinno zostać oddalone w odniesieniu do zarzutów wymienionych w pkt 1 do 3 oraz odrzucone w odniesieniu do zarzutu wymienionego w pkt 4 odwołania. Podkreślił, że uzasadnienie podniesionych zarzutów jest lakoniczne i pozbawione jakichkolwiek dowodów, całkowicie pomija specyfikę zamówienia, a sama konstrukcja zarzutów i żądań jest niekiedy wewnętrznie sprzeczna.

Odwołujący, podnosząc zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, nie wskazał żadnych postanowień SIWZ i wymogów, którym nie odpowiada treść oferty Przystępującego. Zamawiający wyjaśnił, że w SIWZ nie wykluczył w żaden sposób możliwości złożenia ofert, w których wykonawcy zaoferowaliby wysokość opłat transakcyjnych na poziomie 0,00 zł. Zamawiający w szczególności w treści pkt 6 SIWZ — Sposób obliczenia kosztu oraz pkt 15 — Kryteria oraz sposób oceny ofert - nie uczynił żadnego ograniczenia co do możliwości wyceny poszczególnych pozycji Formularza oferty na poziomie 0,00 zł. Zatem, zaoferowanie świadczenia niektórych elementów przedmiotu zamówienia z podaniem opłat transakcyjnych o wartości 0,00 zł nie pozostaje w sprzeczności z treścią SIWZ, a już bezsprzecznie nie daje podstaw do twierdzenia, że tak wycenione pozycje oznaczają brak zaoferowania realizacji ww. elementów zamówienia.

Odwołujący nie poparł żadnymi dowodami twierdzeń, że za rażąco niskie ceny należy uznać wszystkie ceny (opłaty transakcyjne), które zaoferował Przystępujący w tabeli zawierającej opłaty transakcyjne oraz, że zaoferowane opłaty transakcyjne są nierynkowe i nierealne i nie da się za nie wykonać usług. Prócz wymienienia rodzajów kosztów, jakich rzekomo Przystępujący nie uwzględnił, Odwołujący nie przedstawił szacunkowej kalkulacji tych kosztów. Jedynym argumentem podnoszonym w odwołaniu na okoliczność zarzutu rażąco niskiej ceny jest zestawienie wysokości opłat transakcyjnych zaoferowanych przez Przystępującego z zaoferowanymi przez Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego, zarzut Odwołującego jest całkowicie chybiony, bowiem przytoczony przez Odwołującego przepis odnosi się do ceny całkowitej oferty, natomiast w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał podania w Formularzu oferty wysokości jednostkowych opłat transakcyjnych. Odwołujący jedynie na doraźne potrzeby odwołania wypacza klarowną

dyspozycję i rozumienie przepisów ustawy Pzp. O ile w art. 90 ust. 1 Pzp ustawodawca odwołuje się do ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, o tyle w art. 90 ust. 1a mowa jest o cenie całkowitej oferty. Wobec powyższego, Odwołujący nie może zasadnie podnosić zarzutu o zaniechanie „automatycznego" wezwania Przystępującego do wyjaśnienia ceny czy elementów cenotwórczych. W ocenie Zamawiającego, nie było podstaw do powzięcia wątpliwości, wobec czego Zamawiający nie doszukał się przesłanek faktycznych ani prawnych do wezwania Przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Tymczasem, Odwołujący nie odniósł zaoferowanych przez Przystępującego opłat transakcyjnych do przedmiotu zamówienia i jego specyfiki ani nie udowodnił, dlaczego opłaty te zestawione z przedmiotem zamówienia winny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący całkowicie pomija fakt, że ocena dopuszczalności zastosowania stawek 0,00zł bądź bliskich 0,00zł musi być analizowana w konkretnych okolicznościach danego stanu faktycznego. Dla wykazania, że oferowane przez Przystępującego opłaty transakcyjne są rażąco niskie, nie są wystarczające same deklaracje i twierdzenia Odwołującego.

Zamawiający podkreślił, że nie powziął żadnych wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, na warunkach podanych w złożonych ofertach, bowiem dysponuje wiedzą o modelach biznesowych funkcjonowania rynku usług objętych przedmiotem zamówienia. Dokonując badania ofert, Zamawiający wziął pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia i rynku, na którym działają zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący. Zamawiający nie miał wątpliwości, że opłaty transakcyjne zaoferowane przez Przystępującego są realne i stosowane przez wykonawców w postępowaniach prowadzonych w celu udzielenia zamówienia na tożsamy przedmiot zamówienia. Praktyka rynkowa wskazuje, że wykonawcy nie tylko pokrywają koszty obsługi klienta i udzielanych mu upustów lecz przede wszystkim generują zyski (niejednokrotnie pokaźne) z prowizji, które uzyskują odpowiednio od hoteli, ubezpieczycieli i przewoźników. System sprzedaży przedmiotowych usług skonstruowany jest w ten sposób, że premie i prowizje uzyskiwane przez wykonawców są uzależnione od określonego wolumenu sprzedaży, jego wzrostu, czyli od osiągnięcia celów sprzedaży wyznaczonych przez kontrahentów wykonawców oraz organizacje/podmioty prowadzące systemy rezerwacyjne.

Odwołujący, jako profesjonalista od lat działający na rynku usług objętych przedmiotem zamówienia, doskonale zna przedstawione powyżej prawidła rynkowe, a mimo to buduje argumentację odwołania jak gdyby sam nie stosował praktyk, z których czyni zarzuty. Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że Odwołujący sam składał oferty, w których oferował realizację tożsamych usług za cenę 0,01 zł (m.in. postępowanie WZP/226/2017/SM prowadzone przez Centrum Obsługi Administracji Rządowej, postępowanie ZP/GK/17/0108/CS/WB prowadzone przez Centralę Spółk PGNiG S.A., postępowanie 19/2018 prowadzone przez Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa, postępowanie 9/1AM/2018/04 prowadzone przez Instytut Adama Mickiewicza, postępowanie 2/2017 prowadzone przez Kancelarię Prezydenta, uznając to za normalną, uzasadnioną praktykę rynkową.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się pogląd, zgodnie z którym wykonawcy mają prawo do kalkulacji ceny oferty z uwzględnieniem przychodów, jakie uzyskują z innych źródeł w związku z realizacją kontraktu na rzecz zamawiającego. Tak wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 24 listopada 2017 r. (sygn. akt: KIO 2373/17), w wyroku z dnia 24 maja 2017 r. (sygn. akt: KIO 974/2017). Oba ww. wyroki nie pozostawiają wątpliwości co do tego, że wykonawca uzyskujący przychód od innych niż zamawiający podmiotów w związku z realizacją kontraktu dla zamawiającego, ma prawo wziąć ów dodatkowy przychód pod uwagę kalkulując cenę oferty, bądź jej poszczególne składniki. Uwzględniając specyfikę danego rynku, wykonawcy mają możliwość pokrycia kosztów działalności, kosztów realizacji konkretnego kontraktu i uzyskania godziwego zysku, a zamawiający uzyskują należytą realizację zamówienia za rynkową i konkurencyjną cenę, oszczędzając środki publiczne. Przeciwny wniosek prowadziłby do kuriozalnych sytuacji, w których wszystkie podmioty na rynku mogą korzystać z dobrodziejstw wynikających ze specyfiki rynku, a publiczni zamawiający nie mogą — i muszą przepłacać za usługi, których wykonawcy generowaliby ponadstandardowe zyski.

Biorąc pod uwagę specyfikę rynku usług objętych przedmiotem zamówienia za chybione należy uznać argumenty zawarte w odwołaniu jakoby znaczące różnice w oferowanych stawkach miały przemawiać za koniecznością wyjaśniania ceny, czy tym bardziej odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę. Za nieadekwatny do stawianych zarzutów względem rażąco niskiej ceny należy uznać argument, jakoby Przystępujący miał wykazać, że jego stawki pokryją koszty realizacji usługi w całym 24-miesięcznym okresie realizacji zamówienia. Sam fakt, że stawki jednostkowe, jakie wykonawcy zobowiązani byli podać w swoich ofertach, mają obowiązywać przez cały okres realizacji zamówienia, nie ma żadnego odniesienia do kwestii występowania albo nie występowania rażąco niskiej ceny w ofercie.

Zarzuty odwołania mające dowodzić rzekomo rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego oparte na interpretacji postanowień § 1 ust. 3 i § 6 ust. 1 wzoru umowy są chybione, stanowiąc, w ocenie Zamawiającego, wypaczenie wymagań SIWZ i całkowite pomijanie doskonale znanej Odwołującemu specyfiki rynku.

Fakt, że usługi będą świadczone w ramach bieżących potrzeb Zamawiającego, co nie gwarantuje wykonawcom pewności względem wolumenu realizacji poszczególnych rodzajów usług jest oczywisty. Jednak, o ile tzw.

subsydiowanie skrośne, które próbuje sugerować Odwołujący, może przyjmować wymiar elementów nieuczciwej konkurencji, czy nawet praktyk prawem zabronionych, o tyle, biorąc pod uwagę specyfikę rynku, owo subsydiowanie skrośne nie zachodzi w przypadku oferty Przystępującego, albowiem mechanizm subsydiowania skrośnego polega na pokrywaniu kosztów jednego rodzaju wykonywanej działalności gospodarczej lub kosztów dotyczących jednej grupy odbiorców przychodami pochodzącymi z innego rodzaju wykonywanej działalności gospodarczej lub od innej grupy odbiorców, co w tym przypadku nie ma miejsca.

Teza jakoby Przystępujący nie uwzględnił w ofercie całego katalogu kosztów, wbrew postanowieniom § 6 ust. 1 wzoru umowy, jest chybiona, gdyż w cytowanym postanowieniu mowa jest o kosztach, jakie Zamawiający poniesie z tytułu realizacji zamówienia, nie zaś kosztach niezbędnych do poniesienia przez wykonawców. Uwzględniając specyfikę rynku, Zamawiającego nie interesują koszty wykonawcy, tylko koszty jakie ma ponieść Zamawiający w związku z realizacją zamówienia.

Odnosząc się do twierdzenia, że Przystępujący nie uwzględnił kosztu zatrudnienia odpowiedniej ilości pracowników, Zamawiający stwierdził, że Odwołujący, wybiórczo cytując wyrwane z kontekstu fragmenty SIWZ, próbuje wypaczać ich sens celem uzasadnienia swych racji. Tymczasem Zamawiający jasno wyraził swoje wymagania odnośnie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia w kontekście obowiązku zatrudnienia na umowy o pracę. W żadnym miejscu SIWZ oraz w załącznikach do SIWZ Zamawiający nie wymagał, aby wykonawca dedykował pracowników do wyłącznej obsługi Zamawiającego. Nadto, Odwołujący swojego twierdzenia nie udowodnił, nie przedstawił żadnej, choćby przybliżonej kalkulacji takich kosztów. Odwołujący całkowicie pominął również wpływające na znaczące obniżenie kosztów pracowniczych wykorzystanie zawansowanych narzędzi elektronicznych. Określone przez Zamawiającego zasady i warunki świadczenia usług pozwalają, a niekiedy wymuszają, wykorzystywanie oszczędnych metod wykonania zamówienia np.: składanie zapytań i zleceń w formie elektronicznej, zdalna obsługa złożonych zleceń, wystawianie dokumentów podróży i rezerwacji w formie elektronicznej, generowanie raportów z systemów informatycznych.

Odnosząc się do zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na wycenie usług rezerwacji hotelowych na poziomie 0,00 zł, w świetle art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. z 2018 r., poz. 419, ze zm.), Zamawiający wskazał, że określenie przez Przystępującego wartości opłat transakcyjnych na poziomie 0,00 zł nie narusza dobrych obyczajów, w oparciu o które funkcjonuje rynek usług stanowiących przedmiot zamówienia. Zamawiający zwrócił uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 maja 2015 r. (sygn. akt: KIO 920/15), w którym Izba stwierdziła, że „aby można było zarzucić wykonawcy dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji poza stwierdzeniem zaniżenia jednej z cen jednostkowych oraz manipulacji stawkami należałoby udowodnić, że sprzedaż przedmiotowej usługi za oferowaną cenę byłaby przyczyną negatywnego wyniku działalności każdego z przedsiębiorców działającym w określonej branży" Działanie Przystępującego nie naruszyło również art. 15 ust. 1 pkt 1 i 3 ww. ustawy. Odwołujący w tym przypadku także błędnie zinterpretował spełnienie przesłanek wynikających z ustawy Znk.

W świetle powszechnej praktyki rynkowej dotyczącej usług objętych postępowaniem, zaoferowanie opłat transakcyjnych na poziomie 0,00zł jest normalnym przejawem walki konkurencyjnej zmierzającej do złożenia możliwie najtańszej oferty. Zamawiający nie miał zatem podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący za wszelką cenę dąży do uniemożliwienia Zamawiającemu zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Wprost dowodzi tego zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp. Kryterium oceny ofert wskazane w pkt 15.4.3 SIWZ, wbrew twierdzeniom Odwołującego, opisuje szczegółowo zasady oceny dokonanych przez wykonawcę rezerwacji. Ponadto zarzut niniejszy jest spóźniony, bowiem odnosi się do postanowień SIWZ, a zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, termin na wniesienie odwołania w zakresie postanowień pkt 15.4.3 SIWZ upłynął w dniu 13 lipca 2018 r.

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

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

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

Wykonawca e-Travel S.A. z siedzibą w Warszawie skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

W prowadzonym postępowaniu Zamawiający wymagał zaoferowania w ramach przedmiotu zamówienia obsługę podróży służbowych zlecanych przez TVP S.A. w okresie 24 miesięcy, polegająca w szczególności na realizacji następujących usług (§ 2 ust. 1 Wzoru umowy - załącznik nr 1 do SIWZ):

-rezerwacji i wykupienia noclegów w kraju i poza granicami kraju, dostarczania dokumentów podróży potwierdzających nocleg,

-rezerwacji wykupienia i dostarczania biletów kolejowych, autobusowych i promowych na trasach krajowych i międzynarodowych,

-pośrednictwa w wynajmie samochodów poza granicami kraju (z kierowcą lub bez% dostarczania dokumentów podróży potwierdzających wynajem,

-obsługi formalności wizowych,

-obsługi wszelkich zmian w czasie trwania podróży,

-wykonywania raportów za zrealizowane usługi według kryteriów i w terminach ustalonych przez TVP S.A.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zgodnie z pkt 4.1 SIWZ został zawarty we Wzorze umowy, stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ.

Zgodnie z §5 ust. 1 Wzoru umowy, Zamawiający zobowiązał wykonawcę do zastosowania przy realizacji przedmiotu Umowy opustów i stawek specjalnych, jakie TVP S.A. otrzymuje od organizatorów bądź posiada z tytułu członkostwa w organizacjach krajowych i międzynarodowych bądź na mocy umów z Organizatorami. W przypadku, gdy wykonawca posiada korzystniejsze stawki lub warunki zakupu danego rodzaju usługi, o których mowa w zdaniu pierwszym, od stawek jakie posiada TVP S.A., wykonawca jest zobowiązany do zastosowania ich przy zakupie danego rodzaju usługi.

W pkt 15.2.1-15.2.3 SIWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

-(1) „wysokość opłat transakcyjnych"- waga 60 %;

-(2) „wysokość opustów od ceny biletów kolejowych" - waga 10 %;

- (3) „cena noclegów w hotelach" - waga 30 %.

Zgodnie z § 6 ust. 5 i ust. 6 Wzoru umowy, wykonawca otrzyma wynagrodzenie w postaci transakcyjnej za daną, konkretne zrealizowaną usługę, określoną w § 2 ust. 1 Umowy. „Wykonawcy z tytułu realizacji wszelkich czynności związanych z wykonywaniem usług określonych w § 2 ust. 1 Umowy przysługuje jedynie wynagrodzenie w postaci opłaty transakcyjnej - zgodnie z Załącznikiem nr 2 do Umowy - za usługi zrealizowane w ramach Umowy, faktycznie zlecone przez TVP S.A. i wykonane przez Wykonawcę" (§ 6 ust. 5 Wzoru umowy - załącznik nr 1 do SIWZ).

Zgodnie z § 3 Wzoru umowy, „Umowa będzie realizowana przez okres 24 (dwudziestu czterech) miesięcy (liczony od dnia zawarcia Umowy) lub do wyczerpania środków przeznaczonych na je] realizację, w zależności od tego, które ze zdarzeń wystąpi jako pierwsze".

Wykonawca eTravel S.A. złożył w ofercie wypełniony Formularz ofertowy, będący podstawą do oceny oferty w ramach dwóch pierwszych ww. kryteriów, a także Formularze zadaniowe, będące podstawą do oceny w ramach trzeciego kryterium. W Formularzu ofertowym w pkt 1 wykonawca oświadczył „Oferujemy wykonanie całego zamówienia w oparciu o niżej wskazane opłaty transakcyjne:" i w tabeli dotyczącej opłat transakcyjnych wykonawca wskazał następujące opłaty transakcyjne za poszczególne usługi:

-O_1 - za rezerwację hotelową na terenie kraju dla jednej osoby przy rezerwacji od 1 - 9 osób - 0,00 zł

-O_2 - za rezerwację hotelową na terenie kraju dla jednej osoby przy rezerwacji powyżej 9 osób - 0,00 zł,

-O_3 - za rezerwację hotelową poza granicami kraju dla jednej osoby przy rezerwacji od 1 - 9 osób - 0,00 zł,

-O_4 - za rezerwację hotelową poza granicami kraju dla jednej osoby przy rezerwacji powyżej 9 osób - 0,00 zł,

-O_5 - za wystawienie biletu kolejowego na połączenie krajowe dla jednej osoby - 8,00 zł,

-O_6 - za wystawienie biletu kolejowego na połączenie międzynarodowe dla jednej osoby - 8,00 zł,

-O_7 - za pośrednictwo w wynajmie samochodu z kierowcą lub bez poza granicami kraju - 8,00 zł,

-O_8 - za wystawienie biletu autobusowego na połączenia krajowe i międzynarodowe dla jednej osoby - 8,00 zł,

-O_9 - za wystawienie biletu na prom na połączenia krajowe i międzynarodowe dla jednej osoby - 5,00 zł,

-O_{10} - za pośrednictwo w obsłudze formalności wizowych - 49,00 zł.

Zarzut I.

Izba oceniła jako niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy eTravel z powodu niezaoferowania wykonania usług rezerwacji hotelowych (opłaty transakcyjne: O_1-O_4), które w Formularzu ofertowym wykonawca wycenił na 0,00 zł.

W Formularzu ofertowym wykonawcy byli zobowiązani wskazać m.in. wartość opłaty transakcyjnej za

poszczególne usługi rezerwacji hotelowej (pozycje oznaczone symbolami $O_1 – O_4$).

Okoliczność, że wykonawca eTravel w zakresie usług rezerwacji hotelowych (O_1 - O_4) wskazał „0,00 zł" nie dowodzi braku zaoferowania tych usług w ramach przedmiotu zamówienia. Zaoferowanie opłaty transakcyjnej w wysokości 0,00 zł nie oznacza, że wykonawca nie wykona danych usług. Opłata transakcyjna we wskazanych pozycjach została zaproponowana przez wykonawcę eTravel, a wysokość tej opłaty oczywiście może podlegać wyjaśnieniu. Jedynie całkowity brak wyceny poszczególnych pozycji tabeli w Formularzu ofertowym (elementów składowych przedmiotu zamówienia), poprzez pominięcie wypełnienia tych pozycji, mógłby oznaczać, że wykonawca nie uwzględnił w ofercie tego zakresu przedmiotu zamówienia. Jednak z taką sytuacją nie mamy do czynienia w tym postępowaniu. Wykonawca eTravel wypełnił tabelę w Formularzu ofertowym we wszystkich pozycjach, w tym - poprzez wpisanie wartości 0,00 zł w czterech pierwszych pozycjach tabeli, co nie jest tożsame z brakiem wyceny określonych usług, a tym bardziej z brakiem zaoferowania tych usług. Wątpliwości nie pozostawia także oświadczenie wykonawcy zawarte w pkt 1 Formularza oferty, gdzie wykonawca zaoferował „wykonanie całego zamówienia" w oparciu o wskazane w tabeli opłaty transakcyjne.

Biorąc pod uwagę powyższe, twierdzenie Odwołującego, że oferta eTravel podlega odrzuceniu na tej podstawie, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ co do zakresu przedmiotu zamówienia, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba uznała za bezzasadne.

Zarzut II.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy eTravel do złożenia wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanych opłat transakcyjnych za usługi rezerwacji hotelowych, usługi wystawienia biletów, usługi pośrednictwa w wynajmie samochodu (opłaty transakcyjne O_1 - O_{10}), w celu wykazania przez wykonawcę, że wysokość ww. opłat uwzględnia wszelkie konieczne koszty i pozwala na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w SIWZ. Należało także uznać, że w tym zakresie nastąpiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niepodjęcie przez Zamawiającego czynności wezwania wykonawcy eTravel do złożenia ww. wyjaśnień. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1a Pzp, Izba uznała za niezasadny.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wy-nagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie natomiast z art. 90 ust.1a Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Przepis ustępu 2 tego artykułu wskazuje, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Wykonawca eTravel w Formularzu ofertowym w tabeli (zawartej w pkt 1) dotyczącej opłat transakcyjnych wskazał opłaty transakcyjne za rezerwacje hotelowe w wysokości 0,00zł, natomiast pozostałe opłaty w wysokości niższej o ok. 50% od opłat zaoferowanych przez Odwołującego.

Na wstępie należy zważyć, czym jest opłata transakcyjna. Jak wynika ze stanowisk prezentowanych przez strony

postępowania, opłata transakcyjna jest to opłata, która jest doliczana przy dokonywaniu rezerwacji (hotelu, samochodu, biletu lotniczego itp.) przez pośrednika (w tym przypadku – wykonawcę) za świadczenie przez wykonawcę dodatkowych usług, takich jak np.: wyszukiwanie najtańszych usług hotelowych, przewozowych itp., wyszukiwanie połączeń w transporcie krajowym i zagranicznym, zmiana rezerwacji, indywidualne przygotowywanie każdego zamówienia, pośredniczenie w rozmowach z przewoźnikami, hotelami itp., odpowiedzialność za prawidłowe dokonanie rezerwacji i inne. Opłata ta jest doliczana do ceny biletu, hotelu, wynajmu samochodu itp.

W przedmiotowym postępowaniu w § 6 ust. 5 Wzoru umowy Zamawiający postanowił, że wykonawcy z tytułu realizacji wszelkich czynności związanych z wykonywaniem usług określonych w § 2 ust. 1 Umowy (przedmiot zamówienia) przysługuje jedynie wynagrodzenie w postaci opłaty transakcyjnej za usługi zrealizowane w ramach Umowy, faktycznie zlecone przez Zamawiającego i wykonane przez wykonawcę. W ust. 7 wskazano natomiast, że „Opłata transakcyjna obejmuje w szczególności koszty: przygotowania oferty, dokonania rezerwacji, wystawienia, odbioru i dostarczenia Dokumentów podróży, zmiany w rezerwacji, przypomnienia o zbliżającym się terminie wykupu danego rodzaju usługi, dokonywania zmiany, anulowania, zwrotu, obsługi reklamacji, reprezentacji TVP S.A. wobec Organizatorów w związku z reklamacjami, koszty przygotowania raportów podróżnych oraz wszelkie koszty operacyjne wynikające z realizacji przedmiotu Umowy, zgodnie z warunkami Umowy.” Wykonawca będzie się rozliczał z Zamawiającym na podstawie faktur VAT, obejmujących wszystkie elementy cenotwórcze, w tym opłatę transakcyjną (§ 7 ust. 6 Wzoru umowy).

W świetle postanowienia, że „Na wartość Umowy składają się wszelkie koszty, jakie TVP S.A. poniesie z tytułu realizacji Umowy, w szczególności koszt usług wraz z należnymi podatkami i opłatami dodatkowymi, o ile wynikają z przepisów lokalnych lub międzynarodowych oraz koszt opłat transakcyjnych” (§ 6 ust. 1 Wzoru umowy - zał. nr 1 do SIWZ), w tym postępowaniu nie mamy do czynienia z ceną oferty, w rozumieniu art. 90 ust. 1a Pzp, a jedynie z elementem cenotwórczym w postaci opłat transakcyjnych, naliczanych jako wynagrodzenie uzyskane od Zamawiającego na pokrycie ponoszonych przez wykonawcę kosztów w związku ze świadczonymi na rzecz Zamawiającego usługami. Jak wynika ze zgodnych stanowisk stron, rynek przedmiotowych usług charakteryzuje się specyfiką polegającą na tym, że wykonawcy pośredniczący pomiędzy zamawiającym, a tzw. Organizatorem docelowych usług, przy zlecaniu usług stanowiących przedmiot zamówienia, na podstawie odrębnych umów uzyskują prowizje od zleceniobiorców (hoteli, przewoźników itp.), które stanowią dodatkowe wynagrodzenie wykonawcy z tytułu zlecanych usług. Zatem koszty wykonywanych przez wykonawcę rezerwacji na rzecz Zamawiającego mogą być finansowane przez wykonawcę zarówno z uzyskanych prowizji, jak i z opłat transakcyjnych. Z tego względu w pewnych warunkach opłata transakcyjna może stanowić niewielkie wartości lub nawet 0 zł, co potwierdzają informacje z otwarcia ofert w innych postępowaniach, złożone przez Zamawiającego.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 13 Pzp, przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Odpłatność umowy, jest to stan w którym każda ze stron umowy otrzymuje przysporzenie majątkowe. Wskazany wyżej przepis nie określa ani formy, w jakiej to przysporzenie dana strona otrzymuje, ani też podmiotu, od którego je otrzymuje. Przykładem umów zawieranych w trybie ustawy – Prawo zamówień publicznych, w których odpłatność na rzecz wykonawcy nie pochodzi od zamawiającego są umowy mające za przedmiot ubezpieczenie grupowe pracowników, za które to ubezpieczenie płacą sami pracownicy. Zamawiający jest tu jedynie „pośrednikiem” stającym się stroną umowy. O odpłatności umów w sprawie zamówienia publicznego nie przesądza zatem fakt świadczenia pieniężnego pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, ale sam fakt otrzymania przez wykonawcę przysporzenia majątkowego, jako ekwiwalentu za świadczoną usługę. Wykonawca może wykazać np., iż usługa, którą wycenił na 0,00 zł nie jest przez niego świadczona „ze stratą”, gdyż np. posiada bardzo korzystne warunki finansowana lub dostawy danych usług, które następnie świadczy Zamawiającemu w ramach zamówienia publicznego.

Z powyższego wynika, że wykonawca może zaoferować zamawiającemu opłatę transakcyjną 0,00 zł za wykonanie danej usługi, jeśli wykaże, że oferowana usługa pomimo tego nie będzie realizowana poniżej kosztów. W praktyce oznacza to konieczność wykazania przez wykonawcę, z jakich źródeł otrzyma wynagrodzenie (finansowanie) za świadczenie danej usługi, które pokryje wszystkie koszty wykonania tej usługi na rzecz zamawiającego oraz należny zysk. Wykonawca może wykazać, co oznacza dla zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający, mając na względzie wysokość opłat transakcyjnych zaoferowanych przez wykonawcę eTravel, które w części są oferowane na poziomie zerowym oraz w części są znacząco niższe od stawek zaoferowanych przez Odwołującego, a także biorąc pod uwagę wymagania SIWZ (dotyczące m.in. zakresu rzeczowego, warunków realizacji usług itp.), powinien był powziąć wątpliwości i wezwać wykonawcę eTravel do wykazania realności oferowanych stawek opłat transakcyjnych, w tym - do przedstawienia kalkulacji kosztów w kontekście zaoferowanych opłat transakcyjnych oraz przedstawienia dowodów na potwierdzenie, że stawki te umożliwiają realizację usługi, zgodnie z wymaganiami

Zamawiającego. W ocenie Izby, zaoferowanie opłat transakcyjnych na poziomie 0,00 zł w czerech pozycjach z dziesięciu oraz pozostałych opłat na poziomie niższym o ok. 50% niż w drugiej ofercie złożonej w tym postępowaniu, w pełni uzasadniało zastosowanie trybu określonego w art. 90 ust. 1 Pzp.

Zwrócić należy również uwagę na fakt, że wynagrodzenie wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu ma charakter kosztorysowy, wobec czego nie jest możliwe ewentualne pokrywanie kosztów czy strat w ramach innych wykonanych usług, a umowa w sprawie zamówienia obejmuje okres do 24 miesięcy, w którym zaoferowane opłaty nie mogą ulec zmianie. Wykonawca eTravel S.A. powinien wykazać, że zaoferowane przez niego stawki opłat transakcyjnych są wystarczające na pokrycie wszystkich kosztów realizacji usług w całym okresie realizacji umowy, z uwzględnieniem także ryzyka wynikającego z braku gwarancji ze strony Zamawiającego odnośnie tego, jakie faktycznie usługi i w jakiej ilości będą świadczone, gdyż usługi te będą zależały od bieżących potrzeb Zamawiającego (§ 1 ust. 3 Wzoru umowy - zał. nr 1 do SIWZ).

Mając na uwadze powyższe, Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie wykonawcy eTravel S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Pomimo uwzględnienia powyższego zarzutu, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Podkreślić jednak należy, że Zamawiający dokonał wyboru oferty, która nie została zbadana zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Na obecnym etapie postępowania Zamawiający został zobowiązany do wezwania wykonawcy eTravel do złożenia wyjaśnień, które będą podlegały ocenie przez Zamawiającego. Unieważnienie przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej będzie prowadziło do powtórzenia czynności badania oferty eTravel i powtórzenia czynności oceny ofert. Dopiero zatem w konsekwencji zakończenia tych czynności Zamawiający dokona wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zarzut III.

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w zw. z art. 15 ust 1 pkt 1 i 3 ww. ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty eTravel, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ww. przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegający na manipulowaniu cenami oraz utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, wyrażający się w zaoferowaniu za usługi rezerwacji hotelowej (O_1 - O_4 Formularza ofertowego) ceny 0,00 zł w celu uzyskania zamówienia, pomimo że jest to cena nierealna.

Odwołujący nie wykazał zasadności tego zarzutu, a zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp oraz art. 6 k.c., to Odwołującego obciążał obowiązek udowodnienia twierdzeń podnoszonych w ramach tego zarzutu. Izba zważyła także, że skoro wykonawca eTravel nie został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia oraz sposobu uwzględnienia tych kosztów w zaoferowanych opłatach transakcyjnych, to z samego faktu zaoferowania opłat transakcyjnych w wysokości 0,00 zł nie można wywodzić popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów potwierdzających, że jedynym celem działania eTravel, które według twierdzeń Odwołującego polegało na zaniżeniu cen poniżej kosztów wytworzenia usługi, była eliminacja konkurencji. Odwołujący nie przedstawił również żadnych dowodów na potwierdzenie, że wykonawca eTravel dokonał w ofercie manipulacji wysokością oferowanych opłat transakcyjnych wyłącznie w celu wyeliminowania Odwołującego, nawet za cenę poniesienia strat w wyniku realizacji zamówienia.

Zarzut IV.

Zarzut podniesiony w odwołaniu jako ewentualny - naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z. art. 146 ust. 6 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo, że obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na sformułowaniu kryterium oceny ofert „cena noclegu w hotelach" (waga 30%) w sposób uniemożliwiający złożenie konkurencyjnej oferty i porównanie ofert - nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę. Zarzut został postawiony jedynie alternatywnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów go poprzedzających. Zatem, wobec faktu, że odwołanie podlegało uwzględnieniu z powodu stwierdzonego naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp, w okolicznościach tej sprawy, zgodnie z żądaniem Odwołującego, należało pozostawić ten zarzut (alternatywny) bez rozpoznania.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak
w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 Pzp.

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

……