

WYROK
z dnia 28 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Koniecz

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2020 r. przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - WhyNotTravel sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Kielnarowej, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bokka sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Politechnikę Częstochowską, przy udziale Przystępującego po stronie Zamawiającego - wykonawcy A. F.-K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą A. F.-K. Agencja Podróży TRANSFER we Wrocławiu,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie wyboru oferty Przystępującego po stronie Zamawiającego;
- 1.2. ponowne badanie i ocenę ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego po stronie Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp oraz wykluczenie Przystępującego po stronie Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciążyć Zamawiającego i:

- 3.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2. zasądzić od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 11.100,00 zł (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych 00/100) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Częstochowie.

**Przewodniczący:
Uzasadnienie**

Politechnika Częstochowska (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonego pn.: „Rezerwacja, wystawianie, sprzedaż i sukcesywna dostawa biletów lotniczych na zagraniczne przewozy pasażerskie dla pracowników jednostek organizacyjnych Politechniki Częstochowskiej”, zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 3 marca 2020 r., pod nr 519078-N-2020.

18 czerwca 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w \ Postępowaniu, za którą uznał ofertę wykonawcy A. F.-K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą A. F.-K. Agencja Podróży TRANSFER we Wrocławiu (dalej „Wykonawca AP”).

23 czerwca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - WhyNotTravel sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Kielnarowej, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bokka sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (dalej „Odwołujący”) od niezgodnej z przepisami czynności wyboru oferty Wykonawcy AP jako najkorzystniejszej, pomimo że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z Postępowania, a jego oferta odrzucona.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy AP i w konsekwencji wybór oferty niezgodnie z przepisami, w sytuacji w której Wykonawca AP nie wykonał ciążącego na nim na podstawie art. 90 ust.

2 Pzp obowiązku i nie wykazał, że jego oferta nie jest obarczona wadą rażąco niskiej ceny, nie dochował staranności wymaganej od wykonawców w Postępowaniu, nie złożył wyjaśnień w całym zakreślonym przez Zamawiającego zakresie, a wyjaśnienia w zakresie, w którym zostały przedstawione potwierdzają że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy AP, pomimo że wykonawca ten nie przedstawił wykazu połączeń i wydruków biletów wymaganych postanowieniami dokumentacji Postępowania;

3.art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy AP, który wprowadza w błąd Zamawiającego, co do ceny i właściwości biletów oraz wykazu połączeń przedstawionych w ofercie tego wykonawcy.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.odrzuć oferty Wykonawcy AP Transer oraz wykluczenia tego wykonawcy z Postępowania;

2.przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert bez uwzględniania oferty Wykonawcy AP;

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący przytoczył wskazane poniżej postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”).

W zakresie kryterium „Cena biletów lotniczych” w 5 podanych destynacjach pkt 17.2 wiersz 4 tabeli:

a)tiret 1: „Ocenie w tym kryterium podlegać będzie przedstawiony wykaz różnych połączeń do 5 wyznaczonych destynacji, zgodnie z Formularzem ofertowym stanowiącym załącznik do SIWZ. Jeśli Wykonawca nie przedstawi wykazu połączeń oferta tego Wykonawcy zostanie odrzucona”;

b)tiret 2: „Cena musi obejmować koszty związane z zakupem biletów, tj. opłaty, podatki, prowizje, cła, bez kosztów związanych z wystawieniem i dostarczeniem biletów do siedziby Zamawiającego. Zamawiający będzie uznawał bilety przedstawione w jednym samolocie jako jeden bilet”;

c)tiret 7: „Do kalkulacji cenowej dla każdej z wymienionych tras Wykonawca zobowiązany jest załączyć wydruk rezerwacji biletu lotniczego w formie potwierdzenia z elektronicznego systemu rezerwacji. Zamawiający, będzie honorował jedynie wydruk biletu wygenerowanego z elektronicznego systemu rezerwacyjnego na potwierdzenie cen biletów lotniczych zaoferowanych w formularzu ofertowym przez Wykonawców”;

W zakresie ceny oferty pkt 16.3.: „Stałe miesięczne wynagrodzenie brutto za wykonanie usługi będącej przedmiotem niniejszego postępowania winno obejmować wszystkie koszty związane z realizacją całego przedmiotu zamówienia, a w szczególności: wyszukiwanie połączeń, rezerwację, wystawianie i dostawę biletów (nie wlicza się kosztu zakupionego biletu wynikającego z taryfy przewoźnika) wraz z ich dostarczeniem do siedziby Zamawiającego lub w miejsca wskazane przez Zamawiającego, zorganizowanie i zabezpieczenie kompleksowej realizacji usługi zgodnie z obowiązującymi przepisami lokalnymi i krajów docelowych, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, a także zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług z późn. zm.”.

Następnie Odwołujący przytoczył następujące okoliczności stanu faktycznego.

W Postępowaniu do upływu składania ofert złożono 3 oferty: Wykonawcy AP, Odwołującego i wykonawcy Polish Travel Quo Vadis sp. z o.o.

2 czerwca 2020 r. Wykonawcę AP wezwano do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi Wykonawca AP złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, przy czym, w ocenie Odwołującego, dowody te nie potwierdzają okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach, a wręcz im przeczą. Z kolei sama treść wyjaśnień nie stanowi odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez Zamawiającego. Jednocześnie, z analizy oferty Wykonawcy AP wynika, że bilety załączone przez tego wykonawcę do oferty nie stanowią wydruków biletów wygenerowanych z elektronicznego systemu rezerwacyjnego. Przeciwnie, dla Odwołującego jasnym jest, że kalkulacje do biletów zostały przygotowane ręcznie, a złożony wykaz nie dokumentuje cen realnych podróży.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Odwołujący podał, że wyjaśnienia Wykonawcy AP pełne są sprzeczności, niedopowiedzeń i zmierzają do wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do źródeł i stopnia zysku uzyskiwanego przez tego wykonawcę. W szczególności w swoich wyjaśnieniach Wykonawca AP dokonuje następujących manipulacji i niedopowiedzeń:

a)„Naszą kalkulację oparto na doświadczeniu wynikającym ze współpracy w wyniku wygranych przetargów w latach 2014-2015 oraz 2019-2020 (...). W ciągu realizacji tej ostatniej umowy Politechnika zakupiła 227 biletów (...) to ok. 970 segmentów”

227 biletów to około 560-570 segmentów. Realna wartość wynikająca ze stosunku ilość segmentów/ilość biletów to około 2,5. Średni wynik 4 segmentów na bilet jest osiągalny wyłącznie na trasach transatlantyckich, ew. dalekowschodnich lub

na kierunkach egzotycznych - wakacyjnych, natomiast nierealny w przypadku całości podróży służbowych.

- b) „Skalkulowano, że po podpisaniu umowy z Zamawiającym sprzedaż biletów lotniczych wzrośnie w naszej agencji o około 4,80%”

Wartość 4,8% nie ma żadnego oparcia w rzeczywistości. Wykonawca AP wykonuje obecną umowę z Zamawiającym, a w wyjaśnieniach nie wskazano metody, która pozwalałaby na tak dokładne oszacowanie wzrostu przychodów skoro nawet Zamawiający nie potrafi dokładnie określić swojego zapotrzebowania na najbliższe lata.

- c) „Najbardziej istotnym czynnikiem jest gwarancja uzyskania wpływów od systemu rezerwacyjnego Amadeus za wygenerowane segmenty lotnicze na poziomie EUR 1,76 za każdy segment oraz kolejnych wpływów dotyczących wspomnianej „premii lojalnościowej (bez względu na ilość tychże segmentów). Realnie wpływ dodatkowy za każdy segment rezerwacyjny wynosi ok. EUR 2,00”

Z przedstawionych do wyjaśnienia dowodów wynika, że gwarantowana premia za segment w przypadku Wykonawcy AP wynosi 1,65 euro. Wartość 2 euro za segment w ogóle nie została wyliczona i stanowi jedynie, sprzeczne z dowodami, oświadczenie tego wykonawcy.

- d) „Przy zakładanym poziomie 4 segmentów rezerwacyjnych dotyczących podróży 1 pasażera”

Jest to nierealne założenie, zawyżone o około 60% i tym samym minimalnie o tę wartość Wykonawca AP zawyża swoje przychody.

Dalej Wykonawca AP przedstawia już wyłącznie rozważania ogólne lub marketingowe, które nie zasługują na polemikę, jako nieistotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Jednocześnie wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę AP zawierają następujące braki:

- a) Pomimo wyraźnego żądania wyrażonego w wezwaniu w wyjaśnieniach w żaden sposób nie wskazano na „koszty związane z realizacją całego przedmiotu zamówienia, a w szczególności: wyszukiwanie połączeń, rezerwację, wystawianie i dostawę biletów”, czyli np. na koszty pracy oraz biura;
- b) Nie przedstawiono wyliczenia ceny - znowu mimo wyraźnego wezwania nie przedstawiono żadnych kalkulacji;
- c) Nie próbowano nawet wykazać, że Wykonawca AP z tytułu realizacji zamówienia osiągnie zysk, tymczasem uprawdopodobnienie osiągnięcia zysku z tytułu realizacji zamówienia jest jedynym sposobem na wypełnienie obowiązku nałożonego przez art. 90 ust. 2 Pzp.

Na podstawie normy wynikającej z art. 90 ust. 3 Pzp oferta wykonawcy podlega odrzuceniu nie tylko gdy zawiera rażąco niską cenę ale również gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie (i) nie złożył wyjaśnień lub (ii) złożone wyjaśnienia potwierdzają że oferta zawiera rażąco niską cenę. Przy czym, zarówno pierwszą jak i drugą przesłankę należy rozpatrywać w kontekście art. 90 ust. 2 Pzp. Innymi słowy ciężar dowodu co do braku rażąco niskiej ceny zarówno przed Zamawiającym, jak i przed KIO leży na wykonawcy, którego oferta została zbadana w zakresie rażąco niskiej ceny (odpowiednio art. 90 ust. 2 Pzp, art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp).

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Wykonawcę AP odczytywane prawidłowo, tj. w stosunku do wymagań Zamawiającego, są wadliwe. Potwierdzają fakt istnienia rażąco niskiej ceny, a przynajmniej nie można uznać, że czynią zadość wymaganiu postawionemu przed każdym wykonawcą na podstawie art. 90 ust. 2 Pzp. W przedstawionych wyjaśnieniach w ogóle nie uwzględniono kosztów realizacji zamówienia, mimo wyraźnego żądania Zamawiającego w tym zakresie, a przychód zawyżono poprzez:

- a) Podanie zbyt wysokiej „standardowej” ilości segmentów na lot;
- b) Zawyżenie kwot otrzymywanych prowizji od systemów GDS.

Wykonawca AP nie wypełnił ciążącego na nim obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 2 Pzp i nie wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jednocześnie złożenie niepełnych, pozbawionych kalkulacji zysku oraz nieuwzględniających kosztów oraz nierzetelnych, obarczonych licznymi błędami wyjaśnień zdaniem Odwołującego w ogóle nie stanowi ich złożenia w myśl art. 90 ust. 3 Pzp. Zdaniem Odwołującego oferta Wykonawcy AP podlega odrzuceniu na podstawie norm wynikających z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp Odwołujący podał, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wyrażonymi w pkt. 17.2 tabela wiersz 4 SIWZ do oferty należało przedstawić kalkulację połączeń lotniczych wraz z dowodami, tj. wydrukami biletów wygenerowanych z systemu GDS. Wykonawca AP nie przedstawił takiej kalkulacji i nie poparł jej wydrukami biletów wygenerowanych z systemu GDS. Zamiast tego Wykonawca AP przedstawił wymaginowane ceny połączeń i na dowód przedstawił bilety edytowane manualnie.

Należy wyjaśnić, że cena każdego biletu składa się z szeregu składników, które ogólnie można zaszeregować jako podstawa taryfy (np. fare basis, fare, air fare itp.) oraz podatki i opłaty (TAX). Wartość podstawy taryfy:

- a) jest narzucana przez linie lotnicze;
- b) najczęściej jest wyrażona w walucie obcej przeliczanej na złotówki zgodnie z kursem wgranym do danego systemu GDS;
- c) poza ceną jest oznaczona odpowiednim kodem literowym, w szczególności składnik kodu wyrażony w pozycji CL biletu jest nierozdzielnie związany z ceną.

Wartość wyrażona w pieniądzu oraz kod literowy są ściśle ze sobą związane. Przykładowo, bilet w taryfie R lotem KL 1362 7 września 2020 r. zawsze kosztuje tę samą ilość dolarów. Jedyne różnice wyrażone w złotych wynikają z zmian w kursie walut, a więc mogą sięgać kilku procent.

Odwolujący zweryfikował ceny taryfy dla lotów podanych przez Wykonawcę AP:

Lp.	Nr biletu	Rzeczona podstawa taryfy w zł	Realna podstawa taryfy w zł
1.	074 9487161394	462	734
2.	075 9487161410	525	743
3.	220 9487161391	166	386
4.	074 9487161397	411	933
5.	057 9487161396	459	976
6.	257 9487161395	324	405
7.	607 9487161402- 03	1690	3190
8.	160 9487161400-01	3019	4440
9.	105 9487161398- 99	2729	3790
10.	117 9487161406	144	291
11.	082 9487161405	275	393
12.	082 9487161404	295	320
13.	080 9487161409	267	888
14.	220 9487161408	392	461
15.	257 9487161407	323	380

Z weryfikacji przeprowadzonej przez Odwołującego jasno wynika, że Wykonawca AP w każdym przypadku zaniżył wartość podstawy taryfy względem realnej ceny biletu. Wydruki biletów załączone przez Wykonawcę AP do oferty zawierają również inne błędy, które jednoznacznie świadczą o tym, że nie pochodzą z systemu GDS tylko były modyfikowane ręcznie. Najbardziej jest to widoczne w przypadku biletu 220 9487161391. Taryfy classic Lufthansy, a więc podstawowe taryfy w klasie ekonomicznej posiadają oznaczenie CL. Taryfa „T” jest taryfą classic. Oznaczenie w pozycji FARE BASIS w bilecie 220 9487161391 powinno zawierać następujący ciąg znaków: T03CLSE3, tymczasem zawiera: T03LSE3. Pomięto w oznaczeniu „CL” literę „C”. Jest to typowo ludzki błąd, którego nie mógłby popełnić system komputerowy. Gdyby wydruk biletu został wygenerowany w systemie GDS, a nie sporządzony manualnie to nie zawierałby takiego błędu.

Do oferty Wykonawcy AP nie został przedstawiony wymagany przez Zamawiającego wykaz różnych połączeń do 5 wyznaczonych destynacji, a jedynie wykaz wymyślonych przez Wykonawcę AP cen. Co w takiej sytuacji oczywiście nie poparto go wydrukami rezerwacji biletu lotniczego w formie potwierdzenia z elektronicznego systemu rezerwacji tylko manualnie przygotowanymi kalkulacjami. W tym zakresie oferta Wykonawcy AP pozostaje niezgodna z postanowieniem SIWZ pkt 17.2 wiersz 4 tabeli i w konsekwencji podlega odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Należy również, iż cały wykaz oraz kalkulacje zostały przygotowane w taki sposób aby nosić pozór, że:

są kalkulacjami połączeń

a) bilety złożone na ich potwierdzenie zostały wygenerowane z systemu GDS.

Czyli Wykonawca AP świadomie lub przynajmniej w wyniku niedbalstwa wprowadza Zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia, a więc podlega również wykluczeniu w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, argumentując jak niżej.

Zamawiający podał, że powziął wątpliwości czy oferta Wykonawcy AP nie zawiera rażąco niskiej ceny, dlatego zwrócił się o jej wyjaśnienie oraz złożenie stosownych dowodów. Wykonawca zobowiązany był w formularzu oferty do wskazania stałego miesięcznego wynagrodzenia brutto za wykonanie usługi będącej przedmiotem postępowania, które winno obejmować wszelkie koszty związane z realizacją całego przedmiotu zamówienia (bez uwzględnienia cen biletów).

W odpowiedzi Wykonawca AP złożył wyjaśnienia i przedstawił dowody, które Zamawiający ocenił pozytywnie, jako właściwe na uzasadnienie podanej w ofercie ceny. Wykonawca właściwie wykonał ciężący na nim obowiązek wykazania, że jego oferta nie jest wadliwa i nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Wykonawca AP wskazał w wyjaśnieniach, że otrzymuje wynagrodzenie prowizyjne od przewoźnika lotniczego, opłatę transakcyjną oraz dodatkową prowizję od właściciela systemu rezerwacyjnego, co pozwoliło mu na określenie swojego wynagrodzenia za świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia na poziomie 0,01 zł. Wykonawca AP wskazał obiektywne czynniki pozwalające mu na ukształtowanie wynagrodzenia na wskazanym w ofercie poziomie, a Zamawiający uznał dowody złożone w ramach wyjaśnień tj. umowy, z których wynikają stawki prowizji należnej Wykonawcy AP z tytułu zawierania umów sprzedaży biletów lotniczych.

Złożone przez Wykonawcę AP wyjaśnienia w zakresie ceny oferty uznane zostały za konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Nie było zatem podstaw do odrzucenia kwestionowanej przez Odwołującego oferty.

W odniesieniu do załączonych do oferty Wykonawcy AP kalkulacji przelotów Zamawiający stanął na stanowisku, że - w jego ocenie - Wykonawca AP przedstawił wszystkie wymagane dokumenty, w tym wykaz połączeń i wydruki biletów.

Zamawiający wymagał wskazania wykazu różnych połączeń do 5 wyznaczonych destynacji, zgodnie z Formularzem ofertowym stanowiącym załącznik do SIWZ. Do kalkulacji cenowej dla każdej z wymienionych tras, wykonawca zobowiązany był załączyć wydruk rezerwacji biletu lotniczego w formie potwierdzenia z elektronicznego systemu rezerwacji. Zamawiający zastrzegł, że będzie honorował jedynie wydruk biletu wygenerowanego z elektronicznego systemu rezerwacyjnego na potwierdzenie cen biletów lotniczych zaoferowanych w formularzu ofertowym.

Wykonawca AP złożył w formularzu oferty wymagany wykaz połączeń oraz załączył wydruki biletów z systemu rezerwacyjnego. Dokumenty te nie budziły wątpliwości Zamawiającego co do ich prawdziwości i poprawności. Załączone wydruki biletów umożliwiły sprawdzenie wszystkich elementów wymaganych przez Zamawiającego, to jest cen biletów, lotniska wylotów, daty wylotu i powrotu oraz klasę lotu. W konsekwencji Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania przedstawionych mu przez Wykonawcę AP dokumentów, a treść oferty odpowiada treści SIWZ.

W ocenie Zamawiającego, Wykonawca AP nie powinien podlegać wykluczeniu z Postępowania na podstawie art 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Zamawiający nie dostrzegł po stronie Wykonawcy AP zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu. Ponadto nie doszło do kumulatywnego spełnienia przesłanek w postaci przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, co było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa Wykonawcy AP oraz mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu. Zamawiający nie dopatrył się zawnionego działania Wykonawcy AP w zarzucanym przez Odwołującego zakresie.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca AP, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełnienia przez zgłoszone przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu Wykonawcy AP (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Na rozprawie Strony postępowania odwoławczego podtrzymały przytoczone powyżej stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

- 1.zestawienia segmentów sprzedanych Zamawiającemu przez Wykonawcę AP (dowód 1);
- 2.faktur wystawionych Zamawiającemu przez Przystępującego (dowody 2);
- 3.wydruków korespondencji poczty elektronicznej z przedstawicielami Lufthansy wraz z tłumaczeniem (dowody 3);
- 4.wydruków rezerwacji załączonych do oferty Przystępującego, zweryfikowanych przez Odwołującego w systemie GDS (dowód 4).

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania

odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, ofert Wykonawcy AP i dokumentów złożonych na rozprawie. Na tej podstawie skład orzekający uznał, że stan faktyczny w sprawie nie jest sporny i nie wymaga odrębnego omówienia.

Izba uznała, że odwołanie jest zasadne.

W kwestii zarzutu związanego z rażąco niską ceną oferty Przystępującego Izba, jedynie dla przypomnienia, wskazuje, że z ceną rażąco niską mamy do czynienia w przypadku, gdy nie odzwierciedla rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego, z uwagi na jej niską wartość, która nie ma charakteru rzeczywistego i osadzonego w realiach rynkowych.

W przypadku gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert zamawiający co do zasady wzywa wykonawcę do wyjaśnienia tej kwestii, wskazując na aspekty zaoferowanej ceny, które powinny zostać wyjaśnione. Obowiązkiem wykonawcy, obarczonym rygorem odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest nie tylko złożenie wyjaśnień w wymaganym przez zamawiającego zakresie, ale również udowodnienie, że zaoferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiego (zob. art. 90 ust. 2 i 3 Pzp). Zaznaczyć należy, że z przepisu art. 90 ust. 1 Pzp wynika w jakich w szczególności aspektach cena podlega wyjaśnieniu w omawianej procedurze. Są to m.in. oszczędność metody wykonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, czy koszty 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 wynagrodzeniu za pracę.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający wezwał Wykonawcę AP do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wskazując na konieczność udowodnienia realności wskazanego w ofercie Przystępującego stałego miesięcznego wynagrodzenia brutto oraz objęcia wyjaśnieniami kosztów związanych z realizacją całego przedmiotu zamówienia, w szczególności wyszukiwania połączeń, rezerwacji, wystawiania i dostawy biletów.

W ocenie składu orzekającego przedstawione przez Wykonawcę AP wyjaśnienia są - po pierwsze - niezetelne, po drugie zaś - nie odnoszą się do pełnego zakresu wezwania.

W kwestii rzetelności wyjaśnień wątpliwości wzbudziła wynikająca z nich liczba segmentów (odcinków podróży) wynikająca ze sprzedanych Zamawiającemu uprzednio (w wykonaniu wcześniejszej umowy) biletów. W tym zakresie oparto się na przedstawionym przez Odwołującego wyliczeniu (dowód 1), sporządzonym na podstawie faktur VAT udostępnionych Odwołującemu przez samego Zamawiającego (dowody 2). Przy czym, ze stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie wynika, że nie weryfikował dokładnie zadeklarowanej w wyjaśnieniach wielkości sprzedaży biletów na jego rzecz, pomimo że dysponował dokumentacją umożliwiającą dokonanie takiego sprawdzenia (dowody 2).

Ponadto, w złożonych przez Wykonawcę AP wyjaśnieniach zawarto szereg prognoz (założeń), mających - jak się wydaje - stanowić wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Przystępującego, które nie tylko nie znajdują pokrycia w załączonych do wyjaśnień dowodach, ale również nie zostały w żaden sposób uprawdopodobnione. Powyższe odnosi się do przewidywanego przez Przystępującego wzrostu sprzedaży biletów lotniczych po zawarciu umowy z Zamawiającym o 4,80%, który to wzrost Przystępujący rzekomo skalkulował. W załączonych dowodach próżno jest szukać takiej kalkulacji, a niezależnie od tego można powziąć wątpliwość co do realności takiego założenia, wynikającą chociażby z aktualnej sytuacji epidemicznej na świecie i związanym z tym ograniczaniem podróży lotniczych.

Wątpliwości wzbudza również wskazana w wyjaśnieniach stawka za każdy segment (1,76 €) oraz wysokość dodatkowego wpływu za każdy segment w wysokość 2,00 €, na potwierdzenie których również nie przedstawiono dowodów, a nadto realność założenia 4 segmentów rezerwacyjnych dotyczących podróży 1 pasażera.

Kolejno, nie poparto dowodami twierdzenia o wysokości opłat transakcyjnych za bilety krajowe i międzynarodowe (abstrahując od powyższego nie jest Izbie wiadomym jak stwierdzenie o posiadaniu licznych kontrahentów, dla których opłata transakcyjna wynosi X ma się przekładać na realność ceny zaoferowanej w Postępowaniu), podobnie jak twierdzenia o liniach lotniczych, które przewidują od 1 do 5 % prowizji wypłacanej agentowi, która - co istotne - określona została mianem stałego

elementu kreującego realny przychód po stronie Przystępującego.

Z kolei w kwestii zakresu wyjaśnień Odwołujący zasadnie twierdził, że pominięto w nich chociażby koszty pracy (wynagrodzenia pracownika/pracowników), biura, czy sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia.

Co istotne dla oceny omawianego zarzutu Przystępujący, wbrew spoczywającemu na nim, na mocy przepisu art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp, ciężarowi dowodowemu, nie zajął w ogóle stanowiska w przedmiocie twierdzeń Odwołującego, gdyż nie stawiał się na rozprawę.

W konsekwencji powyższych ustaleń oferta Wykonawcy AP podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

W odniesieniu do zgodności oferty z SIWZ Izba wyjaśnia, że przejawia się ona przede wszystkim w odmienności w zakresie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia lub sposobu jego realizacji od postawionych przez zamawiającego wymagań. Może przejawiać się również w innym sposobie sporządzenia oferty niż tego wymagał zamawiający, z zastrzeżeniem, że nie dotyczy to odstępstw od technicznych aspektów przygotowania oferty (np. paraflowanie, czy numerowanie stron). Jak stwierdziła KIO w wyroku z 19 maja 2017 r., KIO 916/17: „Niezgoda treści oferty z treścią SIWZ może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w SIWZ”.

Ad casum obowiązkiem wykonawcy było załączenie do oferty wydruków rezerwacji biletów lotniczych w formie potwierdzeń z elektronicznego systemu rezerwacji. Zamawiający zaznaczył, że będzie honorował jedynie wydruki biletów wygenerowanych z elektronicznego systemu rezerwacyjnego (zob. opis kryterium nr 4 w pkt. 17.2 SIWZ). Załączone do oferty Wykonawcy AP wydruki rezerwacji pozbawione są oznaczeń wskazujących na ich pochodzenie z elektronicznego systemu rezerwacji. Wniosek taki wzmacniają również zidentyfikowane przez Odwołującego błędy w treści wydruków rezerwacji (niewłaściwe oznaczenie podstawy taryfy lub jej nazwy - dowód 4), potwierdzone - w przypadku biletów Lufthansy - przez jej przedstawiciela (dowód 3).

Ergo oferta Wykonawcy AP jest - w opisanym powyżej zakresie - niezgodna z SIWZ, wobec czego podlega odrzuceniu w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W przedstawionych okolicznościach konieczne stało się również wykluczenie Przystępującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Z przywołanego przepisu wynika, że wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykonawca, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Niedbalstwo definiowane jest jako stan, w którym osoba podejmująca określone działanie nie przewiduje jego skutków, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Z kolei lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie. Istotne jest przy tym, że działanie w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa nie musi doprowadzić do powstania u zamawiającego mylnego wyobrażenia o rzeczywistości (innymi słowy - dla zastosowania sankcji z komentowanego przepisu nie jest konieczne wprowadzenie zamawiającego w błąd), natomiast warunkiem sine qua non zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jest potencjalny istotny wpływ informacji nieprawdziwych na decyzje zamawiającego podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zdaniem składu orzekającego w przedmiotowej sprawie, względem Wykonawcy AP, ziściły się omówione powyżej przesłanki wykluczenia, ponieważ działanie Przystępującego polegające na przedstawieniu w ofercie wydruków rezerwacji biletów lotniczych zawierających zidentyfikowane przez Odwołującego błędy (zob. dowody 3 i 4) było niedbałe i skutkowało (choć - jak wspomniano - nie musiało) przyznaniem ofercie Wykonawcy AP punktów w kryterium nr 4. Jak na to wskazują okoliczności sprawy i przedstawione przez Odwołującego ww. dowody (nota bene ani Zamawiający, ani Przystępujący nie przedstawili dowodów przeciwnych, a nawet nie usiłowali wyjaśnić podnoszonych przez Odwołującego kwestii) wydruki rezerwacji nie pochodziły z systemu rezerwacyjnego i zostały przygotowane w taki sposób, aby uzyskać jak najwyższą liczbę punktów w odnoszącym się do nich kryterium oceny ofert.

W konsekwencji orzeczono jak w pkt. 1 sentencji wyroku.

Na marginesie Izba wskazuje, że przesłanka wykluczenia z Postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp,

nie mogła znaleźć zastosowania w tej sprawie, jako że nieprawdziwe informacje nie dotyczyły kwestii spełniania przez Przystępującego warunków udziału w Postępowaniu lub kryteriów selekcji, a kryterium oceny ofert.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: