

Sygn. akt: KIO 974/17

WYROK
z dnia 24 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **WhyNotTravel sp. z o.o. sp.k., Why Not Fly sp. z o.o., ul. Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Centrum Obsługi Administracji Rządowej, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa**

przy udziale wykonawcy: **Polskie Linie Lotnicze LOT S.A., ul. 17 Stycznia 43, 02-146 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WhyNotTravel sp. z o.o. sp.k., Why Not Fly sp. z o.o., ul. Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **WhyNotTravel sp. z o.o. sp.k., Why Not Fly sp. z o.o., ul. Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn** tytułem wpisu od odwołania.

KIO 974/17 1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący

KIO 974/17 2

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Centrum Obsługi Administracji Rządowej z siedzibą w Warszawie (dalej „zamawiający”) na zakup biletów lotniczych, kolejowych wraz z ubezpieczeniem oraz rezerwację i zakup miejsc hotelowych oraz pośredniczenia w procesie uzyskiwania wiz dla delegatów Jednostek Administracji Państwowej wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: WhyNotTravel sp. z o.o. sp.k. oraz Why Not Fly sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) złożyli odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 7 ust. 1 i 3, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. (dalej także „przystępujący”), której treść nie odpowiada treści specyfikacji

istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),

3. art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 3 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
5. art. 90 ust. 1, poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do wyjaśnień bowiem wysokość zaoferowanych upustów:
 - od ceny przewoźnika dla biletów lotniczych na trasach krajowych wynosząca 15%,
 - od ceny przewoźnika dla biletów lotniczych na trasach zagranicznych wynosząca 3%,
 - od ceny przewoźnika dla biletów kolejowych na trasach zagranicznych wynosząca 5%

wskazuje, iż przystępujący zamierza realizować zamówienie z ceną poniżej kosztów nabycia biletów,

6. art. 89 ust. 1 pkt 4, poprzez zaniechanie odrzucenia przystępującego bowiem wysokość zaoferowanych odpowiednio upustów:
 - od ceny przewoźnika dla biletów lotniczych na trasach krajowych wynosząca 15%,
 - od ceny przewoźnika dla biletów lotniczych na trasach zagranicznych wynosząca 3%,

3 KIO 974/17

-
- od ceny przewoźnika dla biletów kolejowych na trasach zagranicznych wynosząca 5%

wskazuje, iż przystępujący zamierza realizować zamówienie z ceną poniżej kosztów nabycia biletów, co oznacza, że cena jest rażąco niska,

7. art. 91, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty podlegającej odrzuceniu, tj. oferty przystępującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 4 maja 2017 r.,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert i w jej konsekwencji nakazanie odrzucenia oferty przystępującego,
3. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ (naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2017r. sygn. akt KIO 9/17 wskazał, że zamawiający ocenia zgodność treści oferty z treścią SIWZ mając na uwadze, iż SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej, wobec czego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ jest z nią zgodna; nie tylko treść wynikająca explicite ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę

w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ, gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi na naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący podał, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający zawarł szczegółowe i precyzyjne wymagania w stosunku do przedmiotu zamówienia, jakim jest narzędzie on-line (parametry określone w Załączniku nr 2); w odniesieniu do zakupu biletów kolejowych wymagania w zakresie narzędzia on-line zostały zawarte w części II Załącznika nr 2 w pkt 10 i 11:

„10) Narzędzie online będzie dostępne 24h na dobę przez 7 dni w tygodniu, nie wyłączając dni ustawowo wolnych od pracy i będzie umożliwiało Jednostce, po zalogowaniu (podaniu indywidualnego loginu i hasła):

- a) wyszukiwanie interesujących ją połączeń kolejowych,
- b) dokonywanie rezerwacji biletów kolejowych,
- c) anulowanie rezerwacji,
- d) dokonywanie zmiany terminu, miejsca podróży a także danych pasażera,
- e) weryfikowanie propozycji Wykonawcy,
- f) dokonywanie rezerwacji/zakupu przejazdów kolejowych z uwzględnieniem zniżek na zakup biletów PKP posiadanych/zakupionych przez Jednostkę lub pasażerów.

11) W ramach korzystania z narzędzia online, Jednostka musi również otrzymać, co najmniej następujące informacje:

- a) o przewoźniku świadczącej usługę przewozu;
- b) o miejscu i terminie (data, godzina) odjazdu pociągu;
- c) o miejscu i terminie (data, godzina) przyjazdu pociągu;
- d) o czasie trwania przejazdu, a w przypadku połączeń wieloetapowych o łącznym czasie trwania przejazdu;
 - w przypadku połączeń wieloetapowych - ilości i miejscu ewentualnych przesiadek, e)
- e) wraz z terminami (data, godzina) przyjazdu i odjazdu;
- f) warunkach taryfy;
- g) o cenie biletu przewoźnika (bez opłaty transakcyjnej), z uwzględnieniem nadania g) bagażu, w złotych polskich (PLN), W przypadku cen biletów podanych w innych walutach, przeliczenie na PLN nastąpi wg średniego kursu NBP na dany dzień;
- h) terminie wykupu biletu w określonej cenie;
- i) o możliwości i warunkach anulowania biletu;
- j) o możliwości zmian terminu odjazdu, przyjazdu,
- k) o możliwości zmian danych dotyczących pasażera;
- l) o możliwości zmiany trasy podróży;
- m) informowanie o zbliżających się terminach wykupu i złożonych rezerwacji".

Podał, że przystępujący w Formularzu Ofertowym, pkt 7, zobowiązał się do udostępnienia każdej Jednostce następującego narzędzia online, o którym mowa w Opisie Przedmiotu Zamówienia, w języku polskim:

eATM, <https://e-travelmanagement22.amadeus.com>.

Odwołujący podniósł, że narzędzie to w ogóle nie ma możliwości rezerwacji i sprzedaży biletów PKP krajowych i nie spełnia wszystkich funkcjonalności dla tego

KIO 974/17 5

narzędzia, jakie zamawiający wyspecyfikował w SIWZ, przez co narzędzie zaproponowane przez przystępującego nie ma tych funkcjonalności, tj. nie umożliwia:

11) W ramach korzystania z narzędzia online, Jednostka musi również otrzymać, co najmniej następujące informacje:

- a. o przewoźniku świadczącej usługę przewozu;
- b. o miejscu i terminie (data, godzina) odjazdu pociągu;
- c. o miejscu i terminie (data, godzina) przyjazdu pociągu;
- d. o czasie trwania przejazdu, a w przypadku połączeń wieloetapowych o łącznym czasie trwania przejazdu;
- e. w przypadku połączeń wieloetapowych - ilości i miejscu ewentualnych przesiadek, wraz z terminami (data, godzina) przyjazdu i odjazdu;
- f. warunkach taryfy;
- g. o cenie biletu przewoźnika (bez opłaty transakcyjnej), z uwzględnieniem nadania bagażu, w złotych polskich (PLN). W przypadku cen biletów podanych w innych walutach, przeliczenie na PLN nastąpi wg średniego kursu NBP na dany dzień;
- h. terminie wykupu biletu w określonej cenie;
- i. o możliwości i warunkach anulowania biletu;
- j. o możliwości zmian terminu odjazdu, przyjazdu,
- k. o możliwości zmian danych dotyczących pasażera;
- l. o możliwości zmiany trasy podróży;
- m. informowanie o zbliżających się terminach wykupu i złożonych rezerwacji", oraz nie

posiada następujących funkcjonalności:

- wyszukiwanie interesujących ją połączeń kolejowych, -
 - dokonywanie rezerwacji biletów kolejowych, -
 - anulowanie rezerwacji, -
 - dokonywanie zmiany terminu, miejsca podróży a także danych pasażera, -
 - weryfikowanie propozycji Wykonawcy, -
 - dokonywanie rezerwacji/zakupu przejazdów kolejowych z uwzględnieniem zniżek -
- na zakup biletów PKP posiadanych/zakupionych przez Jednostkę lub pasażerów.

Wskazał, że zgodnie z ofertą przystępującego przedmiot zamówienia miałby być realizowany przy użyciu wspomnianego wyżej narzędzia online, ponieważ oferta ta odnosi się do konkretnego, istniejącego w chwili jej składania narzędzia on-line, które wskazanych powyżej funkcjonalności nie realizuje.

Zaznaczył, że narzędzie to jest standardowym, oferowanym wielu klientom na całym świecie, którego właścicielem jest Amadeus IT Group S.A. wobec czego nie jest możliwe przyjęcie, że zaoferowane zostało inne rozwiązanie, które spełnia wymagania.

KIO 974/17 6

Odwołujący stwierdził, że oferując w ramach złożonej oferty wskazane wyżej narzędzie on-line, które nie posiada części wymaganych w SIWZ funkcjonalności, przystępujący złożył tym samym ofertę sprzeczną z postanowieniami SIWZ i w przypadku zawarcia umowy z tym wykonawcą na warunkach wskazanych w ofercie zamawiający uzyskałby dostęp do usługi, której zakres nie obejmuje koniecznych elementów wskazanych w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zwrócił uwagę, że w postępowaniu wzięła udział niewielka liczba wykonawców (pomimo konkurencji na rynku agencji podróży), w tym – zdaniem odwołującego – ze względu na trudność w spełnieniu wymagań co do sposobu spełnienia świadczenia, co oznacza, że przyjęcie oferty, która nie spełnia wymagań stoi w rażącej sprzeczności z zasadą zachowania uczciwej konkurencji.

Podsumował, że skoro podstawą zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ, a w pojęciu „sprzeczności” mieści się m.in. niezgodność, która bez zmiany treści oferty nie może być usunięta, to uznać należy, że oferta przystępującego winna zostać odrzucona z uwagi na wyżej wskazane niezgodności.

W odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty przystępującego w związku z tym, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) odwołujący podał, iż zamawiający przewidział, że przy wyborze oferty najkorzystniejszej będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert (Rozdział IX SIWZ, str. 17 i następne) :

- Cena – 45%
- Opust od cen przewoźnika dla biletów lotniczych i kolejowych – 30%
- Czas – 15%
- Opust od ceny katalogowej pobytu w hotelu – 10%

Podał także, że kryterium Opust od ceny przewoźnika dla biletów lotniczych i kolejowych składa się z następujących podkryteriów:

1. Opust określony w % od ceny biletów lotniczych na trasach zagranicznych – 12 pkt
2. Opust określony w % od ceny biletów lotniczych na trasach krajowych – 10 pkt
3. Opust określony w % od ceny biletów kolejowych na trasach zagranicznych – 5 pkt
4. Opust określony w % od ceny biletów kolejowych na trasach krajowych – 3 pkt

Wskazał, że przystępujący zaoferował wysokość opustu od ceny przewoźnika dla biletów lotniczych na trasach krajowych wynoszącą 15%, wysokość opustu od ceny przewoźnika dla biletów lotniczych na trasach zagranicznych wynoszącą 3% i wysokość

KIO 974/17 7

opustu od ceny przewoźnika dla biletów kolejowych na trasach zagranicznych wynoszącą

5%

Zdaniem odwołującego zaofiarowane przez przystępującego opusty powodują, że wykonawca dopłaca do cen biletów oferowanych przez przewoźników, a tym samym jego świadczenie nie jest ekonomicznie opłacalne.

Zwrócił uwagę na sposób wykonywania zamówienia narzucony przez zamawiającego – w zakresie biletów lotniczych zamawiający w części I pkt 10 Załącznika nr 2 (str. 30 SIWZ) ujął wymaganie, aby wykonawca zaproponował połączenie optymalne oraz na żądanie Jednostki co najmniej 2 połączenia alternatywne:

- połączenie o najkrótszym łącznym czasie podróży i jak najmniejszej ilości międzylądowań oraz przesiadek,
- najtańsze połączenie z uwzględnieniem obniżenia standardu lotu.

Stwierdził, że powyższe wskazuje, że wybór połączenia należy do Jednostki i w przypadku wyboru połączenia najtańszego wykonawca nie może nabyć go od przewoźnika za niższą cenę.

Podniósł, że zgodnie z ofertą przystępującego wykonawca ten zaofiarował od tego typu połączeń odpowiednio 15 lub 3 % upustu dla lotów krajowych i zagranicznych, co oznacza, że zobowiązał się, że w przypadku wyboru przez zamawiającego opcji „najtańsze połączenie” sprzedaje poniżej ceny zakupu.

Potwierdził, że na rynku pośredników (agencji podróży) możliwe jest ustalenie rabatów od cen biletów oferowanych przez konkretnych przewoźników, jednak w tym konkretnym zamówieniu wykonawca nie wie z usług jakiego przewoźnika zamawiający/Jednostka będzie korzystać, ponieważ to zamawiający (dana jednostka kupująca bilety) decyduje ostatecznie o wyborze połączenia.

Wskazał, że spośród dostępnych połączeń na danej trasie wykonawca ma obowiązek zaproponować połączenia optymalne, najkrótsze oraz najtańsze, wobec czego nie jest obiektywnie możliwe ustalenie, jaki będzie wolumen zamawianych biletów u poszczególnych przewoźników, a tym samym nie można stwierdzić, że wśród zamawianych biletów będą jedynie takie co do których wykonawca ma możliwość pozyskania jakiegokolwiek upustu od ceny biletu (stwierdził, że np. powszechną praktyką jest brak udzielania upustów przez tzw. tanie linie lotnicze, w tym Ryanair, który jest największym przewoźnikiem europejskim).

Odwołujący podniósł, że czynem nieuczciwej konkurencji zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 czerwca 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy

KIO 974/17 8

lub klienta. Za komentarzem do art. 3 prof. dr hab. J. Szwai wskazał, że przez działanie należy rozumieć zachowanie w obrocie gospodarczym, które może mieć wpływ na bieżące lub przyszłe wyniki działalności przedsiębiorców lub klientów, przy czym za delikt nieuczciwej konkurencji należy uznać zachowanie sprawy wobec oznaczonego, nawet niewielkiego kręgu osób; w przypadku zamówień publicznych – szczególnie przy zastosowaniu trybów w pełni konkurencyjnych, jak przetarg nieograniczony złożenie oferty na charakter działania publicznego, w szczególności wywołującego skutki wobec zamawiającego oraz wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Przypomniał, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wprost stanowi, że złożenie oferty może stanowić działanie, które stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Wskazał, że działanie sprawcy popełniającego czyn nieuczciwej konkurencji charakteryzuje sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami – w zakresie sprzeczności z prawem: czyny sprzeczne z nakazami prawa cywilnego mogą również stanowić czyn nieuczciwej konkurencji (przy spełnieniu pozostałych przesłanek), w zakresie sprzeczności z dobrymi obyczajami: ta klauzula generalna jest interpretowana w orzecznictwie w duchu podejścia ekonomiczno-funkcjonalnego, co oznacza, że celem jest „zapewnienie funkcjonowania poprzez i niezakłóconego konkurencji rzetelne niezafalszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi pożądanymi przez klientów cechami oferowanych towarów lub usług. Konkurencja powinna być „przejrzysta, czytelna dla przedsiębiorców i klientów a jej wyniki niezafalszowane” (J. Szwaia Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2006, s. 157).

Odwołujący wskazał nadto, iż 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 ustawy Pzp) i w tym celu zamawiający określa warunki zamówienia obowiązujące wszystkich wykonawców.

Podniósł, że – jak wynika z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Stwierdził, że przystępujący zobowiązał się do odsprzedaży biletów lotniczych poniżej kosztów ich zakupu, a nadto, że ofertę w takim kształcie złożył w celu eliminacji z rynku właściwego i określonego dla przedmiotowego zamówienia innych potencjalnych wykonawców. Wyjaśnił, że rynkiem właściwym dla którego oceniać należy w tym przypadku zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji jest zakres przedmiotu zamówienia.

KIO974/17 9

Podsumował, że działanie takie wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, przez co stanowi naruszenie Prawa zamówień publicznych skutkujące, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, koniecznością odrzucenia oferty.

Zauważył, że główną działalnością przystępującego jest transport lotniczy osób, jako przewoźnik o znaczącej pozycji na polskim rynku w przypadku udzielania upustów od własnych biletów w wysokości wyższej niż wysokość oferowana biuram podróży wykonawca ten popełnia czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku w tym postępowaniu. Dodał, że szczególna pozycja wykonawcy – jako pośrednika i potencjalnego przewoźnika – jest wykorzystywana w celu ograniczenia uczciwej konkurencji na rynku usług turystycznych.

Uzupełnił, że przedmiot zamówienia obejmuje nieskonkretyzowane cele podróży (krajowe, zagraniczne), przeloty do tych celów są realizowane przez różnych przewoźników, w tym przez przystępującego, a sytuacja, w której najtańszym dostępnym na rynku połączeniem będzie połączenie realizowane przez przystępującego jest możliwa, ale również możliwe jest, że takie połączenie będzie oferowane przez innego przewoźnika, kiedy to zakup przez przystępującego biletu po cenie katalogowej i obciążenie zamawiającego niższą kwotą będzie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

W odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty przystępującego w związku z tym, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) odwołujący podał, że poza zastosowaniem ww. opustów przystępujący zaoferował następujące opłaty transakcyjne za świadczenie usług objętych przedmiotem zamówienia na warunkach określonych w SIWZ:

- 1) Opłata transakcyjna za wystawienie jednego biletu lotniczego na trasie zagranicznej Polska - Bruksela - Polska lub odwrotnie (loty bezpośrednie), wynosi: 0,01 zł brutto (słownie jeden grosz),
- 2) Opłata transakcyjna za wystawienie jednego biletu lotniczego na trasie zagranicznej Polska - Kraje UE - Polska lub odwrotnie, wynosi: 0,01 zł brutto (słownie jeden grosz),
- 3) Opłata transakcyjna za wystawienie jednego biletu lotniczego na trasie zagranicznej Polska - kraje europejskie poza UE - Polska lub odwrotnie, wynosi: 0,01 zł brutto (słownie jeden grosz),
- 4) Opłata transakcyjna za wystawienie jednego biletu lotniczego na trasie zagranicznej Polska - kraje poza Europą - Polska lub odwrotnie, wynosi: 0,01 zł brutto (słownie jeden grosz),
- 5) Opłata transakcyjna za wystawienie jednego biletu lotniczego na trasie krajowej, wynosi; 0,01 zł brutto (słownie jeden grosz),

KIO974/17 10

- 6) Opłata transakcyjna za wystawienie jednego biletu kolejowego na trasie zagranicznej, wynosi: 0,01 zł brutto (słownie jeden grosz),

- 7) Opłata transakcyjna za wystawienie jednego biletu kolejowego na trasie krajowej, wynosi: 0,01 zł brutto (słownie jeden grosz),
- 8) Opłata za dokonanie zagranicznej rezerwacji hotelowej (1 dobra hotelowa wraz ze śniadaniem lub bez śniadania) wynosi: 0,01 zł brutto (słownie jeden grosz),
- 9) Opłata za dokonanie krajowej rezerwacji hotelowej (1 doba hotelowa wraz ze śniadaniem lub bez śniadania) wynosi 0,01 zł brutto (słownie jeden grosz),
- 10) Opłata za przeprowadzenie procedury uzyskania wizy wynosi: 571,00 zł brutto (słownie pięćset siedemdziesiąt jeden złotych).

W ocenie odwołującego takie skonstruowanie ceny za wykonywanie przedmiotu zamówienia stanowi klasyczny przykład manipulacji cenowej. Stwierdził, że stawki zaofertowane przez przystępującego zostały przygotowane w oderwaniu od rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia w celu sztucznego podwyższenia punktacji oferty.

Uznał, że zaofertowania nierealistycznej ceny nie da się inaczej w sposób racjonalny wytłumaczyć, jak tylko motywacją do uzyskania na swoją rzecz zamówienia publicznego – w sposób pozaprawny i niezgodny z uczciwymi praktykami rynkowymi.

W odniesieniu do wysokości opustu od ceny przewoźnika dla biletów kolejowych na trasach zagranicznych wynoszącą 5% odwołujący stwierdził, że analogiczne, jak w przypadku biletów lotniczych, postanowienia SIWZ odnoszą się do biletów kolejowych (część II pkt 9 Załącznika nr 2, str. 32 SIWZ) i wykonawca na żądanie zamawiającego jest zobowiązany zaofertować połączenie najtańsze.

Podniósł, że zaofertowanie przez przystępującego upustu w wysokości 5%, podobnie, jak w przypadku biletów lotniczych będzie oznaczało obowiązek sprzedaży zamawiającemu tego biletu poniżej ceny zakupu.

Stwierdził, że złożenie przez przystępującego takiej oferty służy wyeliminowaniu z rynku innych potencjalnych wykonawców, przy czym podkreślił, że w przypadku przewozów kolejowych, biorąc pod uwagę rodzaj działalności prowadzonej przez przystępującego nie ma on możliwości zakupu przez tego wykonawcę przewozu oferowanego przez niego samego.

W odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty przystępującego w związku z tym, iż jest ona niezgodna z ustawą (naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. przepisami ustawy o podatku od towarów i usług) odwołujący wskazał, że realizacja zobowiązania do oferowania najtańszych połączeń przy jednoczesnym udzieleniu zgodnych z ofertą upustów

KIO974/17 11

w praktyce oznaczałoby, że w przypadku, gdyby zamawiający zdecydował się na zakup najtańszego połączenia, przystępujący byłoby zobowiązany zakupić ten bilet po cenie katalogowej przewoźnika, przekazać bilet opiewający na tę cenę zamawiającemu, a następnie obciążyć go niższą kwotą.

Biorąc pod uwagę, że bilet lotniczy lub kolejowy może być traktowany jako faktura, wywodził odwołujący, to zakup przez zamawiającego biletu zawierającego w sobie cenę katalogową, a zakupionego od wykonawcy po cenie niższej (innej niż wskazana na bilecie) prowadziłby do sytuacji, w której w obiegu znajdowałby się dokument zawierający nieprawdziwe informacje odnośnie ceny nabycia usługi przewozu i wysokości podatku należnego.

Uznał wobec powyższego, że realizacja oferty mogłaby stanowić naruszenie przepisów ustawy o podatku od towarów i usług oraz jej aktów wykonawczych, w tym rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2013r. w sprawie wystawiania faktur.

W odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty przystępującego (naruszenie art. 90 ust 1 i 3 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp) odwołujący podał, że w świetle przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień ceny w sytuacji, gdy wydaje się ona rażąco niska i budzi jego wątpliwości. Dodał, że w sytuacji występowania podstaw do wezwania, zamawiający nie może uchylić się od tego obowiązku, a wyjątek w tym zakresie został przewidziany wyłącznie w art. 90 ust. 1a pkt 1 in fine, która to sytuacja nie wystąpiła w niniejszej sprawie, albowiem nie mamy do czynienia z przypadkiem, gdy rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają

wyjaśnienia.

Stwierdził, że jest wręcz przeciwnie – okoliczności niniejszej sprawy wymagają wezwania do złożenia wyjaśnień, albowiem przystępujący w ramach złożonej oferty zaferował upusty nie tylko w zakresie biletów tego przewoźnika, ale także innych przewoźników, a ponadto w zakresie biletów kolejowych.

Wskazał, że zaferowanie takich upustów jest z jednej strony niemożliwe (co jest przedmiotem zarzutu dotyczącego czyny nieuczciwej konkurencji), a po drugie w rażący sposób wpływa na zaniżenie ceny oferty. Wskazał również, że najniższa cena, jaką przystępujący może zaferować w tym zakresie (bilety lotnicze innych przewoźników oraz bilety kolejowe LOT) to najniższa cena rynkowa i jest to i tak cena bardzo niska, albowiem nie zakłada osiągnięcia żadnego zysku.

W ocenie odwołującego jeżeli przystępujący oferuje cenę niższą od najniższej ceny rynkowej, to w takim przypadku nie tylko nie osiągnie w tym zakresie zysku, ale wręcz poniesienie stratę, którą będzie musiał sfinansować z własnych środków.

KIO974/17 12

Zauważył, iż w treści opisu przedmiotu zamówienia zamawiający przewiduje znaczącą ilość zakupu biletów kolejowych oraz biletów lotniczych na trasach zagranicznych – w zakresie drugiej z wymienionych kategorii biletów trasy te, poza pierwszą pozycją (Warszawa - Bruksela - Warszawa), zostały określone w sposób bardzo ogólny: Warszawa - kraje Unii Europejskiej; Warszawa - Europa (kraje poza UE) oraz poza Europą, co oznacza, że zamawiający przewiduje zakup biletów na trasach całego świata, a wykonawca składający ofertę w tym postępowaniu nie ma wiedzy których dokładnie tras będzie dotyczył zakup biletów na etapie realizacji umowy, a więc nie może zakładać, iż będą to wyłącznie trasy obsługiwane przez tego przewoźnika. Stał na stanowisku, że dokonując należytego i rzetelnego oszacowania ceny swojej oferty wykonawca powinien poczynić założenie, że tak właśnie nie będzie.

Uznał, że w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z wystąpieniem niedozwolonej pomocy publicznej, która to okoliczność powinna zostać również wzięta pod uwagę przy dokonywaniu oceny w zakresie zaferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny. Podał, że prawie 100 % akcji przystępującego należy do Skarbu Państwa, a zatem zakładane przez tego wykonawcę straty w związku z zaferowaniem upustów dotyczących biletów innych przewoźników będą musiały zostać pokryte ze środków publicznych.

Podniósł, że ustawodawca w treści art. 90 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazał pomoc publiczną jako jedną z okoliczności uzasadniających obniżenie ceny oferty w stosunku do oferty rynkowej, jednakże dotyczy to wyłącznie dozwolonej pomocy publicznej, a z taką nie mamy do czynienia w tym przypadku.

Podsumował, że zaferowana przez przystępującego cena jest ceną rażąco niską, wobec czego zamawiający miał obowiązek wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaferowanej ceny, czego zaniechał, czym naruszył regulację art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej lźbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 19 maja 2017 r., w tym:

- Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”) wraz z załącznikami,
- Oferty Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. z siedzibą w Warszawie,
- Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo zamawiającego z dnia 4 maja 2017 r.),
- Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego (Druk ZP-PN),

KIO974/17 13

Odpowiedzi na odwołanie (pismo zamawiającego z dnia 22 maja 2017 r. wraz z załącznikami), Pisma procesowego odwołującego (pismo z dnia 12 maja 2017 r. (omyłkowo wpisano 12 maja (przed datą wniesienia odwołania) zamiast 22 maja), Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (pismo

z dnia przystępującego
18 maja 2017 r.), Oświadczenia Prezesa Zarządu Amadeus Polska sp. z o.o. z Warszawy
Pawła Reka z dnia 18 maja 2017 r., a także stanowisk stron i przystępującego
zaprezentowanych na rozprawie skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

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

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny oferty przystępującego, tj. zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy oznacza, że stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp dawałoby odwołującemu szansę na uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia (innych ofert nie złożono).

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

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Polskich Linii Lotniczych LOT S.A., której treść nie odpowiada treści SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z Rozdziałem VI pkt 6.1.1. SIWZ: „Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji. Oferta powinna zostać sporządzona wg wzoru Formularza oferty stanowiącej Załącznik nr 8 SIWZ.”

Zamawiający oczekiwał złożenia oferty, „którą stanowi Formularz oferty (załącznik nr 8 do SIWZ)” [Rozdział VI pkt 6.3. SIWZ].

Formularzowi ofertowy pkt. 7 zamawiający nadał następujące brzmienie:
„Zobowiązujemy się do udostępnienia każdej Jednostce następującego narzędzia online,

KIO974/17 14

o którym mowa w Opisie Przedmiotu Zamówienia, w języku polskim
_____ (nazwa udostępnianego narzędzia i adres online)”.

W § 2 „Warunki realizacji” ust. 3 pkt 3.1. Istotnych postanowień umowy (załącznik nr 9 do SIWZ) zamawiający postanowił „Wykonawca zobowiązany jest: 3.1. do udostępnienia w ciągu 5 dni od zawarcia umowy, 24h na dobę przez 7 dni w tygodniu, nie wyłączając dni ustawowo wolnych od pracy, narzędzia online w języku polskim:
(wpisać nazwę i adres), poprzez które Jednostka, po zalogowaniu (podaniu indywidualnego loginu i hasła), będzie mogła: (...)”.

Przystępujący w Formularzu ofertowym w pkt. 7 oświadczył:

„Zobowiązujemy się do udostępnienia każdej Jednostce następującego narzędzia online, o którym mowa w Opisie Przedmiotu Zamówienia, w języku polskim eATM, <https://e-travelmanagement22.amadeus.com>”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Skoro w stanowiącym ofertę, wypełnionym Formularzu oferty wykonawcy mieli wskazać jedynie nazwę i adres oferowanego narzędzia, a zamawiający nie żądał od wykonawców złożenia jakichkolwiek dokumentów, czy próbek na potwierdzenie, że oferowane narzędzie (w terminie składania ofert) odpowiada wymaganiom zamawiającego, to uznać należało, że podstawą oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie oferowanego narzędzia była wyłącznie jego nazwa i adres, a zamawiający nie przewidział, iż sposób oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ będzie polegał na samodzielnym „przetestowaniu” przez zamawiającego wskazanego przez wykonawcę narzędzia, tj. narzędzia o istniejących w dniu upływu terminu składania ofert i „testowania”

takich postanowień funkcjonalnościach (brak

w SIWZ).

Odwołujący twierdził, że wskazane przez przystępującego narzędzie on-line nie ma możliwości rezerwacji i sprzedaży biletów PKP krajowych i nie spełnia wszystkich funkcjonalności wyspecyfikowanych przez zamawiającego (część II Bilety kolejowe załącznika nr 2 pkt 11) [str. 7 odwołania].

Utrzymywał, że zaoferowane przez przystępującego narzędzie jest narzędziem „standardowym oferowanym wielu klientom na całym świecie” (str. 8 odwołania), a oferta przystępującego „odnosi się do konkretnego, istniejącego w chwili jej składania narzędzia online” (str. 8 odwołania).

KIO 974/17 15

Twierdzenie, iż oferta przystępującego „odnosi się do konkretnego, istniejącego w chwili jej składania narzędzia online” nie zostało przez odwołującego udowodnione. Można co najwyżej uznać, że w terminie składania ofert istniało narzędzie standardowe eATM.

Przystępujący oświadczył, że zaoferowane przez niego narzędzie „jest wersją zaawansowaną, która w zakresie funkcjonalności różni się znacząco od wersji podstawowej, która jest najbardziej rozpowszechniona wśród klientów właściciela narzędzia spółki Amadeus Polska Sp. z o.o. na całym świecie” (str. 3 Przystąpienia), co skład orzekający uznał za wiarygodne, tym bardziej w świetle złożonego na rozprawie oświadczenia spółki Amadeus z dnia 18 maja 2017 r., zgodnie z którym „Amadeus (...) udostępnia m.in. narzędzie on-line do samodzielnego dokonywania rezerwacji: Amadeus e-Travel Management (AeTM), w ramach którego istnieje możliwość zakupu biletów lotniczych, rezerwacji miejsc hotelowych oraz samochodów, a także podłączenia zewnętrznych linków (np. do portalu rezerwacji kolejowych PKP Intercity).” oraz wobec braku narzucenia przez zamawiającego rozwiązań technicznych zapewniających uzyskanie oczekiwanych funkcjonalności (podłączanie linków zewnętrznych).

Nadto przystępujący zobowiązał się w ofercie do udostępnienia narzędzia on-line, o którym mowa w Opisie Przedmiotu Zamówienia (pkt 7 Formularza oferty), co – obok wskazania nazwy i adresu narzędzia – wyczerpywało oczekiwania zamawiającego w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie wykazał także, iżby oczekiwaniem zamawiającego było, aby oferowane narzędzie skonkretyzowane poprzez nazwę i adres „w postaci” spełniającej wymagania SIWZ istniało już w chwili składania ofert.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut odwołującego zasługiwałby na uwzględnienie, gdyby odwołujący udowodnił, że modyfikacja standardowego narzędzia eATM nie jest w ogóle możliwa (tak, aby zapewniała wskazane w SIWZ wymogi) albo gdyby udowodnił, że po takiej modyfikacji zmianie ulegnie nazwa lub adres wskazanego przez przystępującego narzędzia.

W pierwszym przypadku, wobec przyznania przez przystępującego, że narzędzie standardowe nie spełnia wymagań zamawiającego wyspecyfikowanych w SIWZ (zaoferował wersję zaawansowaną), wniosek o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ byłby oczywisty.

W drugim przypadku, wobec innej nazwy lub adresu narzędzia on-line (po modyfikacji), które spełnia wyspecyfikowane przez zamawiającego wymagania SIWZ, wniosek o niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ także byłby uzasadniony ze

KIO 974/17 16

względu na brak tożsamości narzędzia zaoferowanego z narzędziem spełniającym wymagania zamawiającego.

Odwołujący powyższego nie udowodnił wobec czego skład orzekający Izby uznał, że nie można stwierdzić, iż przystępujący wskazując nazwę narzędzia: eATM oraz wskazując adres: <https://e-travelmanagement22.amadeus.com> zaoferował narzędzie standardowe, które nie spełnia wymagań zamawiającego, a co uzasadniałoby wniosek o niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wobec czego uznał, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego nie potwierdził się.

KIO974/17 17

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Polskich Linii Lotniczych LOT S.A., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie potwierdził się.

Skład orzekający ustalił i zważył, co następuje.

Odwołujący twierdził, że zaoferowane przez przystępującego opusty (15% od ceny przewoźnika dla biletów lotniczych na trasach krajowych, 3% od ceny przewoźnika dla biletów lotniczych na trasach zagranicznych oraz 5% od ceny przewoźnika dla biletów kolejowych na trasach zagranicznych) „powodują, że *wykonawca dopłaca do cen biletów oferowanych przez przewoźników, a tym samym świadczenie nie jest ekonomicznie uzasadnione*” (str. 9 odwołania), podnosząc że w przypadku wyboru przez zamawiającego (Jednostkę) połączenia najtańszego wykonawca nie może nabyć go od przewoźnika za niższą cenę i sprzeda połączenie poniżej ceny zakupu (odsprzedaż poniżej kosztów zakupu).

Utrzymywał także, że na rynku pośredników (agencji podróży) możliwe jest ustalenie rabatów od cen biletów oferowanych przez konkretnych przewoźników, ale ponieważ nie jest wiadomym z usług którego przewoźnika skorzysta zamawiający nie jest możliwym stwierdzić, że wśród zamawianych biletów będą jedynie takie, co do których wykonawca ma możliwość pozyskania jakiegokolwiek upustu od ceny biletu. Jako przykład powszechnej praktyki braku udzielania upustów wskazał Ryanair (tanie linie lotnicze).

Odwołujący w swoim Piśmie procesowym potwierdził: „*Jak wynika z praktyki rynkowej wykonawcy (agencje podróży) pokrywają koszt opustu z własnych prowizji, które uzyskują od odpowiednio przewoźników, ubezpieczycieli i hoteli. Aby więc realizacja zamówienia była opłacalna wartość opustu powinna być niższa niż wartość uzyskanej prowizji – tylko wtedy uzyskuje jakiegokolwiek wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy. Zaproponowana wartość opustu może różnić się w zależności od danej umowy, głównie ze względu na wolumen zamawianych usług.*” (str. 3) Podniósł, że „*Ciężar ekonomiczny wykonania zamówienia przypada (...) w znaczącej części na koszt podróży lotniczych.*”

Skład orzekający Izby zauważa w pierwszej kolejności, że postrzeganie wysokości zaoferowanych przez przystępującego opustów nie może sprowadzać się do perspektywy odwołującego, tj. jego własnych możliwości i jemu dostępnych mechanizmów budowy ceny/opustów oraz nie może opierać się na poczynionych przez odwołującego ogólnych, nie poddających się obecnie weryfikacji, założeniach.

KIO974/17 18

Skład orzekający Izby podzielił stanowisko odwołującego (na podstawie „Rozkładu poszczególnych świadczeń w ramach przedmiotu zamówienia” – str. 4 Pisma procesowego) co do tego, że „*Ciężar ekonomiczny wykonania zamówienia przypada (...) w znaczącej części na koszt podróży lotniczych*”, wobec czego przede wszystkim ten segment zamówienia poddał analizie.

Skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nie udowodnił, że zaoferowanie przez przystępującego ww. wysokości opustów oznacza, iż „*świadczenie nie jest ekonomicznie uzasadnione*”.

Odwołujący nie kwestionował, na co wskazywał przystępujący, że ten ma możliwość „*wygospodarowania środków koniecznych na pokrycie wartości opustów bez uszczerbku dla ogólnego wyniku ekonomicznego umowy. (...) Po pierwsze, największe oszczędności generuje możliwość prowadzenia sprzedaży bezpośredniej biletów lotniczych tj. bez*

pośrednictwa systemu dystrybucji w postaci kanałów agencyjnych, gdyż w takiej sytuacji przewoźnik lotniczy nie jest zobowiązany do ponoszenia znacznych kosztów dystrybucji w postaci opłat dystrybucyjnych do operatorów systemów. Koszt sprzedaży biletu lotniczego w przypadku sprzedaży bezpośredniej jest bowiem prawie 10-krotnie niższy niż za pośrednictwem agencyjnego kanału dystrybucji, co w skali całej umowy przekłada się na znaczne kwoty oszczędności. Po drugie, PLL LOT S.A. pełni w oparciu o odpowiednie umowy GSA (General Sales Agent) rolę Generalnego Agenta Sprzedaży dla wszystkich linii lotniczych zrzeszonych w IATA, co oznacza, że otrzymuje z tytułu sprzedaży biletów lotniczych innych przewoźników prowizję, która w odróżnieniu od sprzedaży agencyjnej jest naliczana od razu w momencie sprzedaży każdego biletu. PLL LOT S.A. uzyskuje zatem środki na finansowanie sprzedaży takiego biletu już w chwili sprzedaży. Dodatkowo należy wskazać, że wykonywanie przez PLL LOT S.A. przedmiotowej umowy nie będzie się wiązało z żadnymi kosztami w zakresie kosztów osobowych czy administracyjnych, ponieważ są one ponoszone w stałej wysokości z bieżącą działalnością przewoźnika.” (str. 4 Przystąpienia).

Dostrzeżenia także wymaga, że odwołujący przyznał, iż „prowizja dla pośredników uzależniona jest od całościowej sprzedaży i kształtuje się na poziomie od 01, % do ok. 3 – 3,5 % obrotu danymi biletami” (str. 5 Pisma procesowego), a jednocześnie nie wykazał, iżby przystępujący uzyskiwał prowizję na poziomie niższym niż wysokość zaferowanego opustu od ceny przewoźnika dla biletów lotniczych na trasach zagranicznych.

KIO 974/17 19

Uwzględniając wyjaśnienia przystępującego co do źródeł „oszczędności” (których, jako takich, odwołujący nie kwestionował) oraz to, że odwołujący nie wykazał, iż nie wystarczą one na pokrycie kosztów zaferowanych przez przystępującego opustów, poprzestając na kreśleniu ogólnych założeń i „zagrożeń” przy realizacji zamówienia (zakup biletów od przewoźników, którzy nie przewidują prowizji) skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Przypomnienia i podkreślenia wymaga, że to na odwołującym spoczywał ciężar dowodu, któremu jednak odwołujący nie sprostał.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Polskich Linii Lotniczych LOT S.A., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie potwierdził się.

Odwołujący twierdził, że zaferowane przez przystępującego opłaty transakcyjne (w wysokości 0,01 zł) „zostały przygotowane w oderwaniu od rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia” (str. 12 odwołania).

Zauważył prawidłowość, „polegającą na oferowaniu przez wykonawców opłat transakcyjnych w wysokości 0,01 zł. Kwota ta w sposób oczywisty nie pokrywa kosztów świadczenia usług. Tym samym konieczne jest uzyskanie prowizji od podmiotów wykonujących usługi przewozu czy noclegu (...).” (str. 6 Pisma procesowego).

Pominął fakt, że zaferował opłaty transakcyjne w identycznej wysokości (0,01 zł).

Pomijając nawet głośność twierdzenia, że zaferowane przez przystępującego opłaty transakcyjne „zostały przygotowane w oderwaniu od rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia”, skład orzekający Izby wskazuje, że odwołujący nie wykazał, iżby – podobnie jak on sam – przystępujący zaferował opłaty transakcyjne w wysokości 0,01 zł bez możliwości „uzyskanie prowizji od podmiotów wykonujących usługi przewozu czy noclegu”, pokrywających koszty świadczenia usług, wobec czego uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzuty:

- zaniechania wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień ze względu na to, że wysokość zaferowanych przez przystępującego opustów (15% od ceny przewoźnika dla biletów lotniczych na trasach krajowych, 3% od ceny przewoźnika dla biletów lotniczych na trasach zagranicznych oraz 5% od ceny przewoźnika dla biletów

kolejowych na trasach zagranicznych) wskazuje, że przystępujący zamierza zrealizować zamówienie z ceną poniżej kosztów nabycia biletów, czym zamawiający naruszył przepis art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp,

- zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z tego względu, iż wysokość zaoferowanych przez przystępującego opustów (15% od ceny przewoźnika dla biletów lotniczych na trasach krajowych, 3% od ceny przewoźnika dla biletów lotniczych na trasach zagranicznych oraz 5% od ceny przewoźnika dla biletów kolejowych na trasach zagranicznych) wskazuje, iż przystępujący zamierza realizować zamówienie z ceną poniżej kosztów nabycia biletów, co oznacza, że cena jest rażąco niska, czym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołujący zaprezentował wspólną argumentację w odniesieniu do obu zarzutów. W takiż sam sposób (łącznie) odniesienie się do ww. zarzutów skład orzekający Izby.

Zestawienie art. 90 ust. 1 z art. 90 ust. 1a pkt 1 in fine ustawy Pzp zdaje prowadzić odwołującego do wniosku, że każdorazowo, o ile tylko rozbieżność pomiędzy ceną całkowitą oferty a wartością zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług nie wynika

z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, to zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do dostrzeżonej rozbieżności.

Odwołujący pomija jednak istotną okoliczność, że obowiązek ten aktualizuje się po stronie zamawiającego w sytuacji, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia, czego odwołujący nawet nie twierdził.

Nadto odwołujący zdaje się przypisywać zamawiającemu obowiązek żądania od wykonawcy wyjaśnień niezależnie od zaistnienia okoliczności wskazanych w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (cena, koszt lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia).

Odwołujący, zarzucając zamawiającemu zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie do wysokości zaoferowanych opustów winien wykazać, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy cena/koszt/ich istotne części składowe winny wydać się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jednocześnie winny wzbudzić u zamawiającego wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia.

Tymczasem odwołujący nie odniósł zaoferowanych przez przystępującego opustów do przedmiotu zamówienia (realnej wartości przedmiotu zamówienia), ani nie uzasadnił dlaczego opusty te zestawione z przedmiotem zamówienia winny wzbudzić wątpliwości.

Skład orzekający Izby podziela przy tym stanowisko Izby wyrażone w wyroku zapadłym

w sprawie o sygn. akt KIO 558/17 (z udziałem tym samych stron), zgodnie z którym: „(...) konkretna kwota wynikająca z opustu jest znana dopiero w momencie dokonywania konkretnej rezerwacji biletu, gdyż na etapie oceny ofert nie jest znana cena biletów. Zatem wartość ta, choć w praktyce nabierze wymiaru pieniężnego przy realizacji umowy, to na etapie oceny ofert nie może być porównana w ramach kryterium ceny, gdyż nie stanowi ceny” (str. 7-8).

Odwołujący twierdził jedynie, że „zaoferowanie takich opustów jest z jednej strony niemożliwe” oraz że „po drugie wrażliwy sposób wpływa na zniżenie ceny oferty”, odwołując się do zarzutów dotyczących czynów nieuczciwej konkurencji (str. 13 odwołania), które

– o czym mowa powyżej – nie potwierdziły się.

Spekulował, iż zaoferowana przez przystępującego cena „nie zakłada osiągnięcia żadnego zysku”, że przystępujący „poniesie wręcz stratę, którą będzie musiał sfinansować

z *własnych* środków” oraz, że „w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z wystąpieniem niedozwolonej pomocy publicznej”. (str. 13 i 14 odwołania).

Skład orzekający Izby uznał, że sam fakt zaoferowania przez przystępującego opustów od cen biletów lotniczych i kolejowych na trasach zagranicznych w wysokości 15 %, 3 %

i 5 % nie uzasadniało pojawienia się u zamawiającego wątpliwości co do ich realnego charakteru zwłaszcza w sytuacji, gdy w odwołujący zaoferował opust (od cen biletów kolejowych na trasach zagranicznych) w jeszcze wyższej wysokości, tj. 16 %.

Skład orzekający Izby uznał także, że wątpliwości takich nie uzasadniał sam fakt braku zaoferowania przez odwołującego opustów w przypadku cen biletów lotniczych, ponieważ jest to kwestia indywidualna każdego wykonawcy, a obowiązku oferowania opustów choćby w minimalnej wysokości nie było.

Skoro brak było podstaw do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i zamawiający nie wzywał przystępującego do ich złożenia, to w konsekwencji brak jest podstaw do zarzucenia zamawiającemu zaniechania odrzucenia

KIO 974/17 22

oferty przystępującego w następstwie braku wyjaśnień, czy potwierdzenia, poprzez te wyjaśnienia wraz z dowodami (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp) zaoferowania przez przystępującego ceny rażąco niskiej.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty podlegającej odrzuceniu, tj. oferty przystępującego, czym zamawiający naruszył przepis art. 91 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odwołujący nie zaprezentował odrębnej argumentacji odnoszącej się do tego zarzutu, w związku z czym – wobec uznania, że nie potwierdził się żaden z pozostałych zarzutów odwołania – skład orzekający Izby uznał w konsekwencji, że także ten zarzut się nie potwierdził.

Zarzut prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odwołujący nie zaprezentował odrębnej argumentacji odnoszącej się do tego zarzutu, w związku z czym – wobec uznania, że nie potwierdził się żaden z pozostałych zarzutów odwołania – skład orzekający Izby uznał w konsekwencji, że także ten zarzut się nie potwierdził.

Z powyższych względów, skoro nie potwierdził się żaden z poddanych ocenie składu orzekającego Izby zarzut, orzeczono jak w sentencji, oddalając odwołanie.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego w związku z tym, iż jest niezgodna z ustawą (z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług), czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp skład orzekający Izby, wobec złożenia przez odwołującego na rozprawie oświadczenia o jego cofnięciu, pozostawił bez rozpoznania.

KIO 974/17 23

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

KIO974/17 24