

WYROK

z dnia 27 października 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Studnia Potencjału M. A. we Wrocławiu i M. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Horyzont Zdarzeń M. O. we Wrocławiu, działających jako wspólnicy spółki cywilnej EventLab M. O. M. A. s.c. z siedzibą w Świdnicy oraz IMKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Narodowe Centrum Badań i Rozwoju z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

A. wykonawcy INTOUR Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

B. wykonawcy M. S. - B. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą M. S. - B. Vmoris Agency - Strefa Efektywnego Marketingu w Ożarowie Mazowieckim,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Studnia Potencjału M. A. we Wrocławiu i M. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Horyzont Zdarzeń M. O. we Wrocławiu, działających jako wspólnicy spółki cywilnej EventLab M. O. M. A. s.c. z siedzibą w Świdnicy oraz IMKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr

(słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Studnia Potencjału M. A. we Wrocławiu i M. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Horyzont Zdarzeń M. O. we Wrocławiu, działających jako wspólnicy spółki cywilnej EventLab M. O. M. A. s.c. z siedzibą w Świdnicy oraz IMKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego - Narodowego Centrum Badań i Rozwoju z siedzibą

w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2702/22

Uzasadnienie

Zamawiający Narodowe Centrum Badań i Rozwoju z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”), prowadzi postępowanie w trybie podstawowym pn. „Świadczenie usługi w zakresie pośrednictwa w organizacji narad, szkoleń, konferencji oraz rezerwacji noclegów w hotelach w Polsce (nr postępowania: 22/22/TPZNK). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 19 sierpnia 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00312681/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 12 października 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia M. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Studnia Potencjału M. A. we Wrocławiu i M.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Horyzont Zdarzeń M.O. we Wrocławiu, działającymi jako wspólnicy spółki cywilnej EventLab M.O. M. A. s.c. z siedzibą w Świdnicy oraz IMKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec:

- a) wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy INTOUR Polska Sp. z o.o. (dalej jako „Przystępujący INTOUR”), pomimo iż ww. oferta winna zostać odrzucona przez zamawiającego;
- b) zaniechania odrzucenia ofert wykonawców: INTOUR, VMoris Agency Strefa Efektywnego Marketingu M. S.-B.(dalej jako „Przystępujący VMoris”), Travel Manager Sp. z o.o., Symposium Cracoviense Sp. z o.o. pomimo iż treść ww. ofert jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- c) zaniechania odrzucenia ofert wykonawców: INTOUR, Travel Manager Sp. z o.o., Symposium Cracoviense Sp. z o.o. pomimo iż ww. oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a następnie zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- d) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy INTOUR, pomimo iż ww. oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny;
- e) zaniechania wyboru oferty Odwołującego, która winna zostać uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu;
- f) naruszenia zasady równego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w stosunku do ofert

wykonawców wskazanych powyżej;

2. art. 226 ust. 1 pkt 8 i 7 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w stosunku do ofert wykonawców wskazanych powyżej;
3. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w stosunku do oferty wykonawcy wskazanego powyżej;
4. ewentualnie w przypadku gdy Izba nie przychyli się do zarzutu wskazanego w pkt 2 - naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w stosunku do ofert wymienionych w pkt 3 powyżej;
5. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób uchybiający zasadom równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie Zamawiającemu

odrzućenia ofert wykonawców: INTOUR, VMoris, Travel Manager Sp. z o.o., Symposium Cracoviense Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ treść ww. ofert jest niezgodna z warunkami zamówienia; 4. nakazanie Zamawiającemu odrzućenia

ofert wykonawców: INTOUR, Travel Manager Sp. z o.o., Symposium Cracoviense Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 i 7 ustawy Pzp, ponieważ ww. oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a następnie zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nakazanie Zamawiającemu odrzućenia oferty wykonawcy INTOUR na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, pomimo iż ww. oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu wskazanego w pkt 4 powyżej, nakazanie Zamawiającemu wezwania ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnych składowych ceny złożonych ofert, nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej poprzez wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, ewentualnie, nakazanie zamawiającemu dokonania czynności badania i ceny oferty niepodlegającej odrzućeniu. Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm określonych w stosownych przepisach.

Uzasadniają zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (zarzut nr 1)

Odwołujący wskazał w szczególności na § 3 ust. 4 pkt 2 projektu umowy oraz formularz ofertowy w zakresie dotyczącym opłaty transakcyjnej. Zdaniem Odwołującego stawki opłaty transakcyjnej zaoferowane przez wykonawców INTOUR, VMoris, Travel Manager i

Symposium Cracoviense są niezgodne z warunkami zamówienia. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający szacuje 37 spotkań jednodniowych po średnio 27 osób. Odnosząc tę średnią do kolejnych wydarzeń zawierających 1425 noclegów otrzymuje się ok. 90 wydarzeń na przestrzeni 18 miesięcy, czyli średniorocznie 5 wydarzeń w miesiącu. Do obowiązków wykonawcy należy jak wskazuje zamawiający „kompleksowa usługa ich organizacji”, a więc zgodnie ze specyfikacją: przedstawienie rozeznania cenowego z trzech obiektów, które należy odpowiednio znaleźć i zapytać o indywidualną wycenę, negocjacje cenowe z obiektem, ustalenia dotyczące usług dodatkowych, zadbanie o prawidłowe wykonanie usług gastronomicznych, wprowadzanie zmian itd. Nie są to usługi, które można wykonać w sposób automatyczny, jak na przykład rezerwacje biletów lotniczych, ale wymagają rozmów z managerami obiektów, którzy większość usług wyceniają samodzielnie, dopasowując się do specyficznych wymagań danego zamówienia. Nie wszystkie obiekty włączone są w systemy rezerwacyjne biur podróży, a nawet jeżeli by tak było, to skład menu czy innych usług dodatkowych wymaga bezpośredniego kontaktu z przedstawicielami hotelu. Odwołujący wskazał, iż mając na względzie własne wieloletnie doświadczenie w realizacji tego typu zamówień, można bardzo ostrożnie założyć, że do jego realizacji konieczne jest zatrudnienie pracownika (lub wydzielenie czasu osoby już zatrudnionej) na co najmniej pół etatu. Zamawiający szczegółowo opisał wymagania dotyczące wymogów zatrudnieniowych oraz zakresu obowiązków w § 4 PPU. Aby spełnić warunki zamówienia należało w kalkulować zatrudnienie na umowę o pracę „co najmniej 1 (jednej) osoby wykonującej w trakcie realizacji Umowy czynności związane ze sporządzaniem informacji cenowej, rezerwacją usług i sporządzaniem voucherów.”. Kalkulując założone pół etatu oraz mając na względzie ustawowe podwyżki płacy minimalnej w styczniu i lipcu 2023, należy założyć minimalny koszt pracodawcy (zawierający wynagrodzenie pracownika brutto oraz wymagane prawem składki) w wysokości 2168 zł w skali miesiąca, 39 035 zł w skali całej umowy. Mając na względzie konieczność opodatkowania usługi właściwym podatkiem od towarów i usług,

należy tę kwotę powiększyć zgodnie ze złożonymi przez wykonawców ofertami o należny VAT, tj. do 48 014 zł. Odwołujący wskazał, że w obecnych warunkach rynkowych zatrudnienie wartościowego pracownika, który jest w stanie zrealizować w połowie wymiaru czasu pracy 5 wydarzeń opisanych w specyfikacji miesięcznie za minimalną krajową jest co najmniej bardzo trudne. W branży widać też pewną sezonowość - miesiące lipiec i sierpień oraz druga połowa grudnia i początek stycznia są niemal całkowicie wyłączone z organizacji wydarzeń, dlatego przewidywana średniomiesięczna liczba planowanych wydarzeń jest

faktycznie w pozostałych miesiącach wyższa. Odwołujący zwrócił także uwagę, iż w § 3 ust. 4 pkt 2 wzoru umowy, Zamawiający wymaga aby opłata transakcyjna zawierała nie tylko „uśredniony koszt zatrudnienia pracownika wyznaczonego do realizacji zamówienia oraz do dokonania czynności rezerwacji”, ale także „rzeczywisty koszt realizacji zamówienia” oraz „wszelkie inne koszty związane z należytych wykonaniem kompleksowej usługi”. Koszty wykonawcy to m.in. koszty prowadzenia działalności, biura, księgowości, dojazdu na wydarzenia, koszty kredytowania Zamawiającego (dostawcy usług hotelowych wymagają przedpłat i zaliczek, zamawiający natomiast płaci w terminie 30 dni od wystawienia faktury) i inne, oraz przede wszystkim zysk wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego nawet jeżeli wykonawca otrzymuje dodatkowe bonifikaty ze źródeł pozaumownych, np. prowizje z systemów rezerwacyjnych, czy obiektów/sieci hotelowych, to zamawiający jednoznacznie wskazał, że wszystkie koszty winne być uwzględnione w ramach opłaty transakcyjnej. Uwzględnianie wynagrodzeń pozaumownych powodujące obniżenie „opłaty transakcyjnej” jest sprzeczne z warunkami zamówienia. Jako przykład wskazał na uchwałę KIO z dnia 4 lutego 2014 r., sygn. akt KIO/KD 5/14. Podkreślił iż koszty wytworzenia usług, które są wyższe od wynagrodzenia wynikającego z umowy stanowią cenę lub koszt rażąco niski w rozumieniu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Akceptacja stanu rzeczy, w którym akceptowalne byłoby finansowanie zamówienia ze źródeł pozaumownych implikowałaby konieczność akceptacji potencjalnych cen ujemnych ponieważ wykonawcy mogliby w analogiczny sposób tłumaczyć, że otrzymują wynagrodzenia/prowizje, które pozwalają na dopłacenie zamawiającemu do realizacji zamówienia. Umowa jednak, także zgodnie z orzecznictwem, ma się sama bilansować. Finansowanie zamówienia przez wykonawcę z własnych jego środków wyczerpuje znamiona dumpingu cenowego i jest w oczywisty sposób czynem nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zwrócił uwagę na wysokość wynagrodzenia umownego w zakresie opłaty transakcyjnej. Zamawiający w dokumentacji postępowania określił szacunkowe ilości zleceń, tj. 1425 noclegów oraz 1000 uczestników wydarzeń jednodniowych, czyli wykonawca powinien kalkulować do oferty otrzymanie 2425 opłat transakcyjnych. Opłata transakcyjna powinna równocześnie zawrzeć w sobie szereg innych kosztów, a sama kwota powinna zostać zbadana nie tylko pod kątem zgodności z warunkami zamówienia, ale także ceny rażąco niskiej.

Wybrany przez Zamawiającego wykonawca INTOUR zaproponował opłatę transakcyjną w wysokości 10,00 zł brutto. W ocenie odwołującego nie ma możliwości, aby w tej kwocie zawrzeć nie tylko zysk, ale nawet minimalne koszty wymaganego zatrudnienia, czy inne koszty związane z realizacją zamówienia. Wyżej podniesione zarzuty obciążają także wykonawcę Symposium Cracoviensis, który zaproponował w tej pozycji kwotę 16 złotych brutto, jak i najbardziej drastyczny przypadek, wykonawcę Travel Manager - 0,01 zł, co może także świadczyć o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i stanowić dodatkową podstawę do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że fakt, iż wielu wykonawców podobne praktyki stosowało w przeszłości pozostaje całkowicie bez znaczenia dla oceny zgodności z prawem niniejszego postępowania. Odwołujący wskazał także, iż wykonawca VMoris zaproponował w tej pozycji kwotę 40,00 zł, która przewyższa kwotę opisaną w rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej (Dz. U. poz. 167 z późn. zm.), tj. kwotę 38 zł, co stanowi zgodnie z dokumentacją postępowania podstawę do odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5.

Uzasadniając zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny oraz czynu nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 2 i 4) Odwołujący wskazał na orzecznictwo dotyczące ww. zagadnień (uchwałę KIO z dnia 4 lutego 2014 r., sygn. akt KIO/KD 5/14, wyrok KIO z dnia 22 października 2014 r., sygn. akt KIO 2046/14, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 r., sygn. akt III CKN 271/01, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 r., sygn. akt V CZ 71/07, wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2682/19, z dnia 28 marca 2017 r., sygn. akt KIO 473/17). Odnosząc się do złożonych ofert wskazał, iż wykonawcy celowo określają nierealne wartości „upustu” (Symposium Cracoviensis - 10%, Intour- 20%), czy też stawki opłaty transakcyjnej (Travel

Manager sp. z o.o. - 0,01 zł) w celu uzyskania korzystniejszej punktacji ich ofert. W zakresie upustu dodał, iż Zamawiający wskazał, że każdorazowo przy otrzymaniu zlecenia wykonawca będzie miał obowiązek przedstawić na danym obszarze trzy propozycje obiektów hotelowych, a ceny prócz tego, że nie mogą przekroczyć maksymalnych cen jednostkowych z tabeli formularza ofertowego, to nie mogą być wyższe niż oferty publicznie dostępne w danym obiekcie. Gdyby specyfikacja nie zawierała zasad „informacji cenowej” opisanych w rozdz. II pkt 3 OPZ, zyskiem Wykonawcy byłaby różnica pomiędzy zaferowanymi cenami, a rzeczywistymi kosztami wytworzenia tych usług uzyskiwanymi od hoteli. Jednakże, w przedmiotowym postępowaniu nałożono ograniczenie do publicznie dostępnych cen hotelowych. Wynika z tego, iż głównym źródłem zysku wykonawcy ma być opłata transakcyjna, a nie potencjalna marża na odsprzedaży usług. W innym przypadku, wykonawca mógłby działając na szkodę Zamawiającego wejść w zmwowę z danym obiektem, czy obiektami, aby sztucznie zawyżyły cenę, tak, aby z należności jaką uiszcza Zamawiający finansować nie tylko usługi świadczone przez obiekt, ale także niedozwolony zysk wykonawcy. Mechanizm określania wynagrodzenia w niniejszym postępowaniu ma Zamawiającego przed tym chronić.

Odwołujący wskazał, iż zaferowanie upustu może nie tylko ograniczyć ewentualny zysk wykonawcy z ewentualnie wynegocjowanych upustów, ale doprowadzić do straty na poszczególnych usługach. Wszak ceny publicznie dostępne w obiektach niewiele lub wcale różnią się od cen oferowanych dla wykonawców. Z tego powodu wątpliwe wydaje się, aby wykonawcy mogli ofertować stały upust na usługi hotelowe odsprzedawane zamawiającemu powyżej kosztów wytworzenia tych usług, co stanowi bezpośrednie naruszenie w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu. Wydaje się, iż jest to celowe działanie, mające na celu uzyskanie lepszej punktacji, a następnie rekompensatę straty w innych pozycjach umownych lub „z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne”, takich jak wspomniane dodatkowe prowizje otrzymywane od obiektów hotelarskich. Fakt, iż w większości przypadków oferowanie upustów będzie powodował stratę jest niezaprzeczalny, ponieważ zamawiający jako miejsce realizacji zamówienia określił teren całego kraju. Pośrednicy działając wiele lat na rynku otrzymują w wybranych obiektach, czy sieciach hotelowych rabaty, ale w realiach rynkowych niemożliwym jest, aby rabaty były regułą dla wszystkich opisanych w specyfikacji usług w obiektach w przedmiotowym zakresie terytorialnym niezależnie od terminu i sezonu, w popandemicznej i inflacyjnej perspektywie ekonomicznej. Ponadto, warto zwrócić uwagę, iż w obecnym brzmieniu ustawy Pzp, to do wykonawcy należy ciężar dowodu, iż jego cena (i jej składniki) nie jest rażąco niska, a więc że w przedmiotowym postępowaniu jest w stanie udokumentować, iż w każdym obiekcie w danym geograficznym zakresie umownym otrzymuje na określone w specyfikacji usługi hotelowe rabat większy lub równy wskazanemu w ofercie. Odwołujący zauważył ponadto, że zapytania o kompleksową usługę hotelarsko-konferencyjno-gastronomiczną są każdorazowo indywidualnie wyceniane przez obiekty, zwłaszcza w przypadku indywidualnych wymagań dotyczących menu jakie opisał Zamawiający w specyfikacji i nie ma możliwości sprawdzenia określonej w § 3 ust 4 umowy „ceny wyjściowej” w inny sposób. Odwołujący, który od lat świadczy usługi w branży realizując podobne kwotowo, jak i większe umowy niż niniejsze zamówienie, chętnie zawarłby umowę gwarantującą 20%, czy nawet 5% rabatu od ceny rynkowej w dowolnym obiekcie i terminie w Polsce. Oczywiście jest, że takich ofert na rynku nie ma, a jeżeli wykonawcy takie oferty proponują winni być wezwani do złożenia stosownych wyjaśnień, czego Zamawiający nie uczynił. Odwołujący podkreślił, iż wątpliwości Zamawiającego nie wzbudziło nawet zaproponowanie przez jednego z wykonawców opłaty transakcyjnej w wysokości 0,01 zł.

Dalej Odwołujący podniósł, iż wskazywany w ofercie „rabat” nie jest pojęciem abstrakcyjnym, ale należy go odnieść przynajmniej do maksymalnych cen wykonawców zaproponowanych w formularzu ofertowym. Przykładowo, wybrany przez Zamawiającego wykonawca oferuje maksymalną cenę netto za obiad w czterogwiazdkowym hotelu w formie bufetu, w mieście, obejmujący elementy wskazane w OPZ, za cenę 81,48 zł netto (po zastosowaniu upustu). Nie trzeba posiadać doświadczenia w branży, aby bazując choćby na własnym doświadczeniu życiowym, łatwo uznać, że ceny te nie mają odniesienia do realiów rynkowych, a przynajmniej wymagają wyjaśnienia. Podobnie sprawa ma się w pozostałych pozycjach. Warto zwrócić uwagę, że zamawiający badając ofertę pod kątem ceny rażąco niskiej ma obowiązek uwzględnić okoliczności „które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych”, a więc wysoką inflację i drastyczne wzrosty w branży gastronomicznej i hotelarskiej, przy czym okres realizacji umowy to 18 miesięcy, a warunki inflacyjne są rozwojowe. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, należy uznać że oferty ww. wykonawców nie odpowiadają warunkom rynkowym i prowadzą do naruszenia interesu innych przedsiębiorców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, wyceniając usługi rzetelnie i zgodnie z bieżącą sytuacją ekonomiczną. Doprowadziło do popełnienia przez tych wykonawców czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpującej dyspozycję, co w pełni uzasadnia konieczność odrzucania przedmiotowych ofert.

Uzasadniając zarzut błędu w obliczeniu ceny w ofercie Przystępującego INTOUR

(zarzut nr 3) Odwołujący wskazał na orzecznictwo dotyczące problematyki wskazania przez wykonawcę nieprawidłowej stawki podatku VAT (uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2017 r., sygn. akt XIII Ga 365/17, wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 24 czerwca 2020 r., sygn. akt I SA/Sz 87/20), wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 03 października 2018 r., sygn. akt I FSK 1994/16). Podniósł, iż Zamawiający określił jednoznacznie przedmiot zamówienia jako usługę kompleksową, tj. organizację jedno- lub wielodniowych wydarzeń. Realizacja każdego z nich zadaniem niepodzielnym, udzielanym w jednym zleceniu. Na usługę kompleksową składają się różne czynności pomocnicze, które prowadzą do realizacji określonego, jednego celu. Pojedyncza czynność jest traktowana jako składnik czynności głównej jeżeli jest przez nią zdeterminowany oraz jeżeli bez czynności pomocniczej niemożliwe, lub utrudnione byłoby wykonanie czynności głównej. Odwołujący wskazał na wyrok TSUE z dnia 27 października 2005, sygn. akt ETS C-41/04 oraz stanowisko Ministra Finansów - Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu w treści interpretacji z dnia 24 września 2014r., sygn. akt ILPP2/443-651/14-4/MR. Mając na uwadze powyższe, w szczególności fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z powtarzalną usługą jednolitą, zdaniem Odwołującego wykonawca INTOUR nie był uprawniony do zróżnicowania stawek podatku od towarów i usług w treści formularza ofertowego, a tym samym Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia jego oferty, jako tej, która zawiera błąd w obliczeniu ceny. Zastosowanie cen zaproponowanych w ofercie skutkowałoby podczas realizacji umowy koniecznością wystawiania nieprawidłowych faktur. Na każdej z nich wykonawca ma obowiązek wskazać tylko jedną pozycję - kompleksową usługę organizacji wydarzenia. Zastosowanie cen z tej oferty skutkowałoby wyliczeniem ceny brutto danego wydarzenia niezgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług, ponieważ stawka podatku nie byłaby liczbą całkowitą zawartą w zbiorze określonym w ustawie, za to mogłaby stanowić dowolny ułamek w zakresie pomiędzy 8 a 23%.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp (zarzut nr 5) Odwołujący wskazał, iż wykonawców znajdujących się z tożsamej sytuacji podmiotowej, Zamawiający winien traktować identycznie, a tych którzy znajdują się w różnych sytuacjach podmiotowych - odmiennie. Tolerowanie przez Zamawiającego możliwości oferowania określonych usług przy jednoczesnym braku poszanowania przepisów dotyczących podatku od towarów i usług stanowi jaskrawy przykład nierównego traktowania wykonawców, którzy działając w tych samych uwarunkowaniach prawnych zostali przez zamawiającego odmiennie potraktowani. Podobnie, Zamawiający przygotował w specyfikacji określone zasady, w szczególności dotyczące obowiązkowych świadczeń wymaganych do należytego wykonania umowy i ich dystrybucji w ramach konkretnych składowych wynagrodzenia należnego wykonawcy, do których Odwołujący się zastosował, a pozostali wykonawcy nie. Pomimo tego, Zamawiający nie odrzucił żadnej z ofert. Wszystkie podniesione w niniejszym odwołaniu zarzuty zostały Zamawiającemu przedstawione w toku postępowania, jednak nie podjęto stosownej reakcji. Działania Zamawiającego podejmowane w postępowaniu naruszały przedmiotową zasadę, ponieważ wykonawca, który złożył ofertę, której treść odpowiada stanowi faktycznemu, a także umożliwiającą zrealizowanie umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z jej treścią ustaloną przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia, nie może - z uwagi na brak rzetelności Zamawiającego w procesie badania i oceny ofert - ponosić negatywnych konsekwencji powyższego, w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający jednakowo potraktował wykonawców, których oferty w rzeczywistości były niezgodne z postanowieniami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, i tego którego oferta była całkowicie zgodną z jej treścią. Zdaniem Odwołującego powyższe działania zamawiającego świadczą o nierównym traktowaniu wykonawców, a także o naruszeniu przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji

Zamawiający w dniu 21 października 2022 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu Zamawiający przytoczył treść dokumentów zamówienia w zakresie dotyczącym opłaty transakcyjnej, podkreślając, że wymagania ograniczają ją do maksymalnej wartości, nie ograniczając wartości minimalnej. Ograniczenia te zostały sformułowane po to, by wykonawcy nie zaoferowali opłat transakcyjnych po cenach zbyt wysokich, a przez to nierynkowych i niekorzystnych dla Zamawiającego. Zamawiający wskazał, iż w opłacie transakcyjnej powinien zawierać się koszt zatrudnienia danego pracownika, odpowiednio do nakładu pracy przy realizacji czynności obejmujących przedmiot zamówienia. W ocenie Zamawiającego organizacja średnio 5 wydarzeń w miesiącu, na które wskazywał Odwołujący, może zostać dokonana w czasie zdecydowanie krótszym niż założone przez Odwołującego 0,5 etatu. Zamawiający powołał się na postanowienia OPZ dotyczące rezerwacji miejsc hotelowych/sal konferencyjnych. Wskazał ponadto, iż dokładna kalkulacja co do czasochłonności opisanych wyżej czynności jest zmienna i wynika z doświadczenia i zdolności pracowników poszczególnych wykonawców. W ocenie Zamawiającego przy wykonywaniu powyższych czynności wykonawcy będą mogli wykorzystywać zdobyte doświadczenie, w szczególności w postaci posiadanej bazy

kontaktów, szablonów wiadomości i opracowanych procedur kontaktu, co na pewno przyspieszy dokonanie rezerwacji. Dodał, iż sama w sobie czynność rezerwacji, nie jest czynnością bardzo czasochłonną. Zamawiający wskazał, iż nie miał powodów by kwestionować zaofiarowane przez wykonawców stawki opłat transakcyjnych. W szczególności zaofiarowana przez INTOUR opłata transakcyjna w wysokości 10 zł brutto nie stanowi opłaty zbyt niskiej i z całą pewnością może w sobie zawierać czas poświęcony przez pracownika na dokonanie rezerwacji. Zamawiający wyjaśnił, iż w czasie obowiązywania umowy, tj. w okresie kolejnych 18 miesięcy określa się szacunkową liczbę: 2.1. noclegów hotelowych na 1.425 - a więc średnio miesięcznie to ok. 89 noclegów - opłata transakcyjna od samych noclegów wynosiłaby średnio 890 zł brutto. Ponadto opłatę transakcyjną pobiera się również od konferencji bez noclegów - przy czym Zamawiający szacował ilość uczestników biorących udział w takich konferencjach na 1000 osób, a więc średnio miesięcznie to ok. 55, czyli 55 dodatkowych opłat transakcyjnych w łącznej kwocie 550 zł brutto. W ocenie Zamawiającego, dla dokonania opisanych rezerwacji z całą pewnością wystarczającym zaangażowaniem byłoby zaangażowanie na 1/8 etatu tj. 20h miesięcznie. Przyjmując, tak jak zaproponował Odwołujący minimalne wynagrodzenie po wszystkich przewidywanych na rok 2023 podwyżkach i opłaceniu wszystkich kosztów pracodawcy (tj. w kwocie 4337,28 zł brutto) - wynagrodzenie dla 1/8 etatu wynosić będzie 542.125 zł. Natomiast nawet jeśli przyjąć zaangażowanie pracownika na poziomie % etatu, to w dalszym ciągu jest to kwota ok. 1084 zł brutto - obie kwoty są znacznie niższe niż suma oszacowanych wyżej opłat transakcyjnych, w wysokości 1440 zł brutto. Zdaniem Zamawiającego oferta INTOUR jest zgodna z warunkami zamówienia, w szczególności w zakresie zaofiarowanej wysokości opłaty transakcyjnej (opłata ta odzwierciedla koszt zatrudnienia pracownika), dlatego też nie wzywał ww. wykonawcy do wyjaśnień, ani tym bardziej nie odrzucił jego oferty.

Zamawiający wskazał, że również oferty pozostałych wykonawców nie wzbudziły jego wątpliwości. W jego ocenie dokonanie rezerwacji jest czynnością powtarzalną (w przypadku niektórych wykonawców zautomatyzowaną) wobec czego zaangażowanie pracownika do jej wykonania może zostać określone na minimalnym poziomie - dlatego też Zamawiający uznał zaofiarowane przez wykonawców stawki za rynkowe i realne. Zamawiający dodał, iż kwestia ta nie ma wpływu na wynik postępowania, bowiem sam wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany prawidłowo, wybrano prawidłową ofertę i zmiany w dalszej części rankingu ofert nie mają znaczenia dla wyniku postępowania. Odnosząc się do okoliczności, iż wykonawca Symposium Cracoviense. zaofiarował opłatę transakcyjną w wysokości 0,01 zł, - co zdaniem Odwołującego może świadczyć o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, Zamawiający wskazał, że zgodnie z orzecznictwem KIO stawki opłat transakcyjnych w wysokości 0,01 zł nie są z samej swej istoty zabronione. Zamawiający zauważył, iż Odwołujący wskazując, że bez znaczenia dla sprawy i dla oceny zgodności z prawem postępowania, jest iż wielu wykonawców stosowało praktyki polegające na oferowaniu cen opłat transakcyjnych w wysokości 0,01 zł, sam potwierdza, że takie stawki były stosowane na rynku usług pośrednictwa. Dodał, iż Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, na poparcie tezy, że stawka nie jest prawidłowa, a także wskazał, że nawet gdyby uznać, że oferta ta z jakiś powodów jest zaniżona, to i tak nie miałoby to wpływu na wynik postępowania. Również w zakresie oferty VMoris Zamawiający wskazał, że oferta ta została sklasyfikowana na 4 (przedostatnim) miejscu w rankingu ofert, jej ewentualne odrzucenie nie miałoby więc żadnego wpływu na wynik postępowania.

Odnosząc się do drugiego zarzutu Zamawiający wskazał, iż jego ocenie oferty złożone przez wykonawców, w szczególności oferta wykonawcy INTOUR, są skalkulowane prawidłowo, na rynkowym poziomie. Faktem notoryjnym jest, że przy rezerwacji większej ilości miejsc hotelowych, hotele oferują duże rabaty. Zaofiarowanie upustu w wysokości 20%, przy dużej liczbie szacowanych usług składających się na przedmiot zamówienia, nie budzi wątpliwości Zamawiającego i z całą pewnością jest realne. Zamawiający wskazał, iż w postępowaniu złożono oferty o podobnej treści, a zgodnie z doświadczeniem i rozeznaniami rynku Zamawiającego, wykonanie zamówienia za tą cenę jest adekwatne, pokryje rzeczywiste koszty jego wykonania i zapewni wykonawcy zysk na rynkowym poziomie. Zamawiający nie miał podstaw by wzywać wykonawcę do wyjaśnień, nie powziął bowiem żadnych wątpliwości co do prawidłowości złożonej oferty, zaofiarowanej ceny oraz składających się na nią istotnych części składowych każdy wykonawca dysponuje własną siecią kontaktów, własnym doświadczeniem i procedurami związanymi z prowadzonym pośrednictwem, wobec czego, naturalnym dla warunków wolnorynkowych jest, że oferty różnią się znacznie co do kosztów i zaofiarowanych warunków cenowych (między innymi upustów), a okoliczność, że dany wykonawca jest w stanie zaofiarować mniejszy upust niż inni wykonawcy nie potwierdza, że inni wykonawcy dokonują czynów nieuczciwej konkurencji. Zamawiający podniósł także, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających okoliczności złożenia oferty z rażąco niską ceną czy ofert niekonkurencyjnych. Wskazał również na rozkład ciężaru dowodu. Zauważył, iż chociaż Odwołujący wskazuje ceny, które w jego ocenie zostały rażąco zaniżone, nie wskazał cen

zawyżonych, trudno więc zrozumieć na czym miałyby polegać rzekoma optymalizacja dokonanych wycen. Trudno zakładać, że INTOUR jako podmiot prywatny, działający na rynku, dąży do straty, oferując niektóre z cen jednostkowych zaniżone jedynie w celu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie Zamawiający zauważył, że uzasadnienie zarzutu jest ogólnikowe i nie poparte dowodami. Odwołujący nie wykazał również, w jakim celu została dokonana rzekoma optymalizacja, w związku z czym nie sposób uznać, że zostały spełnione przesłanki zakwalifikowania danego czynu jako czynu nieuczciwej konkurencji (brak wykazania, że czyn dokonano w celu eliminacji przedsiębiorcy, czy że czyn narusza interes innego przedsiębiorcy).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego błędu w obliczeniu ceny Zamawiający wskazał na treść OPZ, podkreślając, iż przedmiotem zamówienia jest świadczenie różnych usług, przy czym w ramach szacowania, wskazano dwie grupy: noclegi hotelowe (pkt 2.1.) oraz

narady spotkania, konferencje i szkolenia (bez usługi hotelowej; pkt 2.2). Wskazał także na opisane we wzorze formularza ofertowego pozycje oraz postanowienia PPU, które zdaniem Zamawiającego pozwalają stwierdzić, że w dokumentacji wyróżniono odrębne usługi składające się na przedmiot umowy, które podlegają odrębnej wycenie (a w dalszej kolejności rozliczeniu zgodnie z przyjętą wyceną). Przedmiot zamówienia obejmuje więc pośrednictwo w usługach noclegowych i odrębnie pośrednictwo w usługach organizacji spotkań, konferencji i szkoleń (bez noclegu). Przedmiotem zamówienia nie są więc kompleksowe usługi polegające na organizacji wydarzeń, jednego rodzaju (jak chciałby tego Odwołujący), ale pakiety usług, które mogą polegać na organizacji wydarzeń bez noclegu, organizacji wydarzeń z noclegiem albo pośrednictwa w rezerwacji samych noclegów. Biorąc pod uwagę okoliczność, że usługi wskazane w formularzu stanowią odrębne pozycje, zdaniem Zamawiającego należy uznać, iż ponad wszelką wątpliwość, prawidłowe jest dla nich wskazanie odrębnych stawek VAT. Zamawiający podniósł, iż w ramach formularza ofertowego wykonawca INTOUR wskazał 2 różne stawki dla usług: z pkt 1 - 3 stawkę 8 %, z pkt 4,5 stawkę 23 %. Zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług oraz Załącznikiem nr 3 do tej ustawy, dla wskazanych w formularzu oferty pozycji, (o ile nie stanowią one kompleksowej usługi organizacji konferencji) powinno się przyjąć następujące stawki podatku VAT: stawka VAT dla usług związanych z zakwaterowaniem wynosi 8 % (dot. pozycji: „Nocleg ze śniadaniem”); stawka podatku VAT dla usług gastronomicznych to również 8 % (dot. poz. „Obiad”, „Uroczysta kolacja”); stawka podatku VAT dla usługi „serwisu kawowego” (w zakresie w jakim dot. serwowania kawy, herbaty wynosi 23 %); stawka

podatku VAT dla usług związanych z organizacją konferencji wynosi 23 % („1-dniowy wynajem sali konferencyjnej”). Zamawiający wskazał też na treść wyjaśnień wykonawcy INTOUR z dnia 4 października 2022 r. Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, to stawki podatku VAT zaoferowane przez Odwołującego, można by uznać, za nieprawidłowe tym niemniej Zamawiający nie ma wiedzy czy dla tego podmiotu (oraz dla innych podmiotów poza INTOUR), nie wydano innych indywidualnych interpretacji podatkowych lub czy nie korzystają oni ze zwolnień, czy preferencyjnych stawek dla danego rodzaju wykonawcy, dlatego też nie odrzucił ofert pozostałych wykonawców. Zamawiający wskazał ponadto, iż za kompleksowe świadczenie uznać można świadczenie, które traci swój ekonomiczny sens po jego rozdzieleniu; w którym poszczególne elementy tego świadczenia posiadają daną wartość i sens dla Zamawiającego jedynie gdy są połączone. Przykładem takiego kompleksowego świadczenia jest właśnie świadczenie w postaci: „Noclegu ze śniadaniem” (jeden z elementów przyjętego w postępowaniu przedmiotu zamówienia). Zamawiający wskazał w tym zakresie na interpretację indywidualną z 7 sierpnia 2019 r., sygn. 0111-KDIB3-1.4012.318.2019.2.KO, wydaną przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej. Podkreślił, iż intencją Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, wyrażoną w treści opisywanych w treści pisma postanowień SWZ, było zlecenie poszczególnych niezależnych od siebie usług wskazanych w treści formularza ofertowego - taka konstatacja, wyklucza uznanie przedmiotu zamówienia za jedną kompleksową usługę, a w dalszej kolejności uniemożliwia zastosowanie jednej stawki VAT dla całego przedmiotu zamówienia.

Podsumowując Zamawiający wskazał, iż, zarzuty 1-4 Odwołania nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy, wobec czego również zarzut z pkt 5, dotyczący przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób uchybiający zasadom równego traktowania wykonawców, powinien zostać oddalony. Zamawiający przeprowadził postępowanie prawidłowo, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a fakt, iż Odwołujący nie uzyskał zamówienia jest naturalną konsekwencją złożenia przez niego oferty, która nie była najkorzystniejsza.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania

odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę INTOUR Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę M. S. - B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą M. S. - B. Vmoris Agency - Strefa Efektywnego

14

Marketingu w Ożarowie Mazowieckim.

Izba nie uwzględniła stanowiska Odwołującego, jakoby Przystępujący Vmoris nie wskazał precyzyjnie w zgłoszeniu przystąpienia strony, do której przystępuje, co stanowić miałyby brak formalny skutkujący niedopuszczeniem go do udziału w postępowaniu odwoławczym. Izba stwierdziła, iż zgłoszenie przystąpienia wskazywało, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego (wskazanie strony nastąpiło zarówno w tytule pisma, jak i w drugim akapicie petitum pisma). Przystępujący wskazał również zakres przystąpienia - obejmowało ono zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Również w uzasadnieniu zgłoszenia przystąpienia wskazano argumentację dotyczącą ww. zakresu i zaoferowanej przez Przystępującego opłaty transakcyjnej. Sam fakt, że Przystępujący w petitum pisma wskazał, iż w pozostałym zakresie nie kwestionuje zarzutów i wniosków odwołania i je popiera nie jest równoznaczny z tym, że nie sprecyzował on strony, do której przystępuje, z treści pisma wynikało bowiem, iż zasadniczym jego celem była obrona własnej oferty przed zarzutem zaniechania jej odrzucenia i w tym materializował się interes Przystępującego Vmoris.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia zakwestionowanych ofert, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o akta sprawy odwoławczej, w tym dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a w szczególności SWZ, oferty wykonawców, wyjaśnienia Przystępującego INTOUR w zakresie stawki VAT, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, protokół postępowania.

Izba dopuściła i przeprowadziła także dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie, tj. zestawienia cen maksymalnych wskazanych przez oferentów dla Hotelu kategorii 4* położonego w mieście, po uwzględnieniu zaoferowanego upustu (dowód nr 1), zestawienia wycen na organizację dwudniowego szkolenia dla 30 osób zgodnie z wymaganiami SWZ (dowód nr 2), otrzymanych przez Odwołującego ofert od hoteli wskazanych w zestawieniu wycen (dowód nr 4) oraz opinii prywatnej Tax Advisors Group

Sp. z o.o. (dowód nr 5) na okoliczności wynikające z ich treści, wskazane przez Odwołującego. Wyjaśnienia Przystępującego INTOUR złożone przez Odwołującego jako dowód nr 3 stanowiły załącznik do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia i znajdowały się w dokumentacji przekazanej Izbie przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi w zakresie pośrednictwa w organizacji narad, szkoleń, konferencji rezerwacji noclegów w hotelach w Polsce. Szczegółowy opis Przedmiotu Zamówienia (SOPZ) stanowił Załącznik nr 1 do SWZ.

W Rozdziale XVII pkt 2 SWZ Zamawiający wskazał, iż wykonawca podaje cenę oferty w Formularzu Oferty sporządzonym według wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 do SWZ, tj. cenę netto, cenę brutto (z uwzględnieniem kwoty podatku od towarów i usług (VAT) z wyszczególnieniem stawki podatku od towarów i usług (VAT). W pkt 4 wskazano, iż Wykonawca podaje w Formularzu Oferty stawkę podatku od towarów i usług (VAT) właściwą

dla przedmiotu zamówienia, obowiązującą według stanu prawnego na dzień składania ofert. Określenie ceny ofertowej z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług (VAT) potraktowane będzie, jako błąd w obliczeniu ceny i spowoduje odrzucenie oferty.

W Rozdziale XVIII SWZ wskazano następujące kryteria oceny ofert: cena (60%), wysokość upustu (20%), opłata transakcyjna za dokonanie rezerwacji hotelu w Polsce (10%), bezpłatne miejsce parkingowe na terenie obiektu (2%), bezkosztowe anulowanie rezerwacji obejmującej powyżej 40 osób (3%), bezkosztowe anulowanie rezerwacji obejmującej 10-40 osób (3%), bezkosztowe anulowanie rezerwacji obejmującej poniżej 10 osób (2%). W odniesieniu do opłaty transakcyjnej Zamawiający dodatkowo wskazał, iż opłata transakcyjna nie może przekroczyć 10% wartości jednostkowej ceny netto określonej w formularzu ofertowym wskazanej przez Wykonawcę za cenę noclegu ze śniadaniem w obiektach hotelowych 3* położonych poza miastem.

W formularzu ofertowym stanowiącym załącznik Nr 2 do SWZ zawarto tabele (jedna odnosząca się do hoteli trzygwiazdkowych, a druga czterogwiazdkowych), w których należało wskazać ceny (netto, VAT, brutto): w poz. 1 noclegu ze śniadaniem (za 1 osobę), w poz. 2 obiadu (za 1 osobę), w poz. 3 uroczystej kolacji (za 1 osobę), w poz. 4 1-dniowego serwisu kawowego (za 1 osobę), w poz. 5 1-dniowego wynajmu sali konferencyjnej (za 1 osobę), oddzielnie dla hoteli położonych w mieście i poza miastem. Ponadto w formularzu ofertowym należało złożyć m.in. oświadczenie dotyczące kryterium „Wysokość opłaty transakcyjnej za dokonanie rezerwacji hotelu w Polsce” o treści „Wysokość opłaty

transakcyjnej za dokonanie rezerwacji hotelu w Polsce* złotych brutto.” W opisie *

wskazano, iż opłata transakcyjna nie może przekraczać 10% wartości jednostkowej ceny netto określonej w formularzu ofertowym wskazanej przez Wykonawcę za cenę noclegu ze śniadaniem w obiektach hotelowych 3* położonych poza miastem (komórka 1G tabeli nr 1). Przekroczenie wskazanej powyżej wartości, spowoduje odrzucenie oferty Wykonawcy zgodnie z art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

W pkt I.1 SOPZ wskazano, iż przedmiotem zamówienia są usługi w zakresie pośrednictwa w organizacji narad, spotkań, konferencji i szkoleń oraz rezerwacji noclegów w hotelach w Polsce na potrzeby Zamawiającego obejmujące: 1.1. wyszukiwanie propozycji wynajmu noclegów hotelowych w ofertach hoteli spełniających wymagania Zamawiającego; 1.2. wyszukiwania propozycji obiektów hotelowych na organizację narad, spotkań, konferencji i szkoleń spełniających wymagania Zamawiającego (bez usługi noclegowej); 1.3. dokonywanie rezerwacji noclegów oraz organizacji narad, spotkań, konferencji i szkoleń w obiektach hotelowych, w tym dokonywanie opłat rezerwacyjnych; 1.4. pośredniczenia w sprzedaży noclegów hotelowych, wynajmu sal konferencyjnych, usług gastronomicznych, innych dodatkowych usług hotelowych oraz usług organizacji spotkań, konferencji i szkoleń; 1.5. pośredniczenia w zmianach lub anulowaniu rezerwacji, zwrotach płatności; 1.6. dokonywaniu płatności za rezerwacje i sprzedaż miejsc noclegowych wraz innymi usługami oraz za usługi związane z organizacją narad, spotkań, konferencji i szkoleń należnych hotelom. W pkt I.2 SOPZ wskazano m.in., iż w czasie obowiązywania umowy, tj. w okresie kolejnych 18 miesięcy Zamawiający określa szacunkową liczbę: 2.1. noclegów hotelowych na 1.425 przy czym: 2.1.1. ilość noclegów w hotelach zlokalizowanych w centrum w miastach - 75 noclegów; 2.1.2. ilość noclegów w hotelach zlokalizowanych poza miastami - 1.350 noclegów, z zastrzeżeniem iż hotel poza miastem winien być położony w cichej i spokojnej okolicy, z dala od dróg krajowych i autostrad; 2.2. narad, spotkań, konferencji i szkoleń spełniających wymagania Zamawiającego (bez usługi noclegowej) na 37 jednodniowych spotkań w obiektach hotelowych zlokalizowanych w Warszawie i okolicach (maksymalnie do 50 km od Centrum Warszawy), w których łącznie szacunkowo weźmie udział do 1000 uczestników. W SOPZ przedstawiono też wymagania Zamawiającego w stosunku do obiektów hotelowych i usług gastronomicznych.

W projektowanych postanowieniach umowy (PPU) w § 3 ust. 4 pkt 1 wskazano, iż przez „upust” należy rozumieć stałą wysokość % upustu udzielanego Zamawiającemu każdorazowo od ceny wyjściowej danej Usługi. W § 3 ust. 4 pkt 2 wskazano zaś, iż przez „opłatę transakcyjną” należy rozumieć opłatę naliczaną jeden raz za rezerwację i zakup jednego miejsca noclegowego (pokój jedno-, dwuosobowy; bez względu na długość pobytu w hotelu lub innym obiekcie świadczącym usługi noclegowe oraz ilość dóbr hotelowych podlegających rezerwacji) oraz/lub za zakup Usługi organizacji spotkań, konferencji i szkoleń (bez noclegu) dla jednej osoby; obejmującą rzeczywisty koszt realizacji zamówienia tj. koszt dokonania: rezerwacji i sprzedaży jednego miejsca noclegowego lub organizacji narad, konferencji i szkoleń (bez usługi noclegowej), koszty powtórzenia i zmiany rezerwacji, reklamacji oraz wszelkie inne koszty związane z należytym wykonaniem kompleksowej usługi. Jednostkowa cena opłaty transakcyjnej wskazana w ofercie nie może przekroczyć

kwoty określonej w Rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej (Dz. U. z 2013 r., poz. 167). Ponadto kwota ta musi odzwierciedlać uśredniony koszt zatrudnienia pracownika wyznaczonego do realizacji zamówienia oraz do dokonania czynności rezerwacji. W § 6 PPU określono zasady płatności wynagrodzenia, wskazując m.in. w ust. 2 iż jednostkowe maksymalne ceny za poszczególne wykonane Usługi określa Oferta stanowiąca załącznik nr 3 do Umowy W § 6 ust. 3 wskazano, iż dla poprawności obliczeń Zamawiający wymaga w pierwszej kolejności liczenia upustu udzielanego Zamawiającemu każdorazowo od ceny wyjściowej danej Usługi, a następnie doliczaniu opłaty transakcyjnej. Z kolei w § 6 ust. 8 postanowiono, iż należne Wykonawcy wynagrodzenie zostanie obliczone na podstawie liczby i rodzaju faktycznie świadczonych Usług, liczby uczestników potwierdzonej przez Zamawiającego i cen jednostkowych z zastrzeżeniem, iż ceny te nie mogą być wyższe niż ceny o których mowa w ust. 2 oraz ceny zaakceptowane przez Zamawiającego na podstawie przesłanej przez Wykonawcę informacji cenowej.

W postępowaniu wpłynęło pięć ofert (kolejność według rankingu ofert): oferta Przystępującego INTOUR (cena: 3033,99 zł brutto, upust 20%, opłata transakcyjna 10 zł brutto), oferta Symposium Cracoviense (cena 2822,85 zł brutto, upust 10%, opłata transakcyjna 16 zł brutto), oferta Travel Manager (cena 4292,70 zł brutto, upust 5,25%, opłata transakcyjna 0,01 zł brutto), oferta Przystępującego Vmoris (cena 5608,80 zł brutto, upust 0%, opłata transakcyjna 40 zł brutto), oferta Odwołującego (cena 6432,90 zł brutto, upust 0%, opłata transakcyjna 38 zł brutto). Przystępujący INTOUR w formularzu ofertowym w tabelach 1 i 2 wskazał dla poz. 1-3 stawkę VAT 8%, a dla poz. 4-5 stawkę VAT 23%.

Zamawiający pismem z dnia 29 września 2022 r., wezwał Przystępującego INTOUR na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej stawki podatku VAT. Zamawiający wskazał, iż w toku badania oferty, sprawdzając prawidłowość wyliczeń, stwierdził zastosowanie 8% stawki podatku VAT w pozycjach zawartych w tabelach nr 1 oraz nr 2 takich jak: - nocleg ze śniadaniem (za 1 osobę); - obiad (za 1 osobę); - uroczysta kolacja (za 1 osobę). Zamawiający pouczył, iż oferta zawierająca stawkę podatku VAT niezgodną z obowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust.

1 pkt 10 ustawy Pzp, dlatego wezwał wykonawcę do udzielenia wyjaśnień w zakresie powodów zaoferowania 8% stawki podatku VAT dla wymienionych pozycji. W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący INTOUR wyjaśnił, iż w złożonej ofercie zastosował stawki VAT określone w ustawie o podatku od towarów i usług odpowiednio do poszczególnych rodzajów usług. Zgodnie z przedmiotem przetargu wykonawca oferuje pakiet usług, na który składają się poszczególne usługi wraz ze stosowną stawką VAT: - nocleg ze śniadaniem (za 1 osobę) 8 % VAT, stawka odnosząca się do usług hotelowych obejmujących nocleg ze śniadaniem, - obiad (za 1 osobę) 8 % VAT, stawka odnosząca się do usług gastronomicznych, a mianowicie posiłków serwowanych w restauracjach i punktach gastronomicznych, - uroczysta kolacja (za 1 osobę) 8 % VAT, stawka odnosząca się do usług gastronomicznych, a mianowicie posiłków serwowanych w restauracjach i punktach gastronomicznych.

Zamawiający w dniu 7 października 2022 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego INTOUR jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przywołując treść przepisów ustawy Pzp, których naruszenie zarzucono w odwołaniu należy wskazać, iż:

6. zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
7. zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych;

8. zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
9. zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
10. zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
11. zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Uznając za zasadne odniesienie się w pierwszej kolejności do zarzutów dotyczących oferty wybranego wykonawcy - Przystępującego INTOUR, jako rzutujących na skuteczność zarzutów podniesionych wobec oferty wykonawców sklasyfikowanych na dalszych miejscach w rankingu ofert, Izba stwierdziła, co następuje.

Za niewykazany Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty INTOUR jako niezgodnej z warunkami zamówienia w zakresie dotyczącym opłaty transakcyjnej.

Bezsporny był fakt, iż wskazana przez Przystępującego INTOUR opata transakcyjna w kwocie 10 zł brutto nie przekraczała ustalonych przez Zamawiającego maksymalnych limitów (tj. kwoty określonej w Rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Społecznej w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej ani 10% wartości ceny netto za cenę noclegu ze śniadaniem w obiektach hotelowych 3* położonych poza miastem).

Jedyną okolicznością podniesioną w odwołaniu mającą wskazywać na niezgodność oferty Przystępującego INTOUR z warunkami zamówienia było to, iż zdaniem Odwołującego kwota ta nie obejmuje rzeczywistego kosztu realizacji zamówienia (tj. zgodnie z § 3 ust. 4 pkt 2 PPU kosztu dokonania rezerwacji i sprzedaży jednego miejsca noclegowego lub organizacji narad, konferencji i szkoleń (bez usługi noclegowej), kosztu powtórzenia i zmiany rezerwacji, reklamacji oraz wszelkich innych kosztów związanych z należyтым wykonaniem kompleksowej usługi). Stanowisko prezentowane w tym zakresie w odwołaniu nie wskazuje jednak na to, aby pomiędzy treścią oferty Przystępującego INTOUR, a treścią warunków zamówienia zachodziła niezgodność. Skupia się ono na wskazaniu elementów cenotwórczych oraz twierdzeniu, iż nie ma możliwości, aby w kwocie wskazanej przez INTOUR uwzględnić koszty zatrudnienia czy zysk, niemniej są to wyłącznie gołosłowne hasła i przypuszczenia, nie poparte rzeczową argumentacją. Odwołujący po wylistowaniu obowiązków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia oszacował wymiar czasu pracy osoby dedykowanej do świadczenia usług na co najmniej pół etatu, niemniej szacunku swojego niczym nie poparł. Jednocześnie na rozprawie nie odparł twierdzeń Zamawiającego zawartych w odpowiedzi na odwołanie, iż realizacja obowiązków wskazanych w umowie jest możliwa przy niższym zaangażowaniu czasowym. Izba stanowisko Zamawiającego uznała za wiarygodne, oczywistym jest bowiem, że wykonawcy przy realizacji tego rodzaju zamówień wykorzystują posiadane bazy kontaktów, szablony dokumentów czy wiadomości, jak i mają wdrożone określone procedury usprawniające działanie. Opłata transakcyjna miała obejmować jedynie koszt rezerwacji i zakupu jednego miejsca noclegowego, alternatywnie koszt zakupu usługi organizacji spotkań, konferencji i szkoleń (bez noclegu) dla jednej osoby. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby wysokość opłaty transakcyjnej zaoferowanej przez INTOUR nie gwarantowała pokrycia kosztów związanych z należyтым wykonaniem usług w ww. zakresie. Nie zakwestionował też zaprezentowanych w odpowiedzi na odwołanie (pkt 15-19) wyliczeń, wskazujących jakiego rzędu wynagrodzenie generowałyby dla wykonawcy sama opłata transakcyjna miesięcznie. Odwołujący w postępowaniu odwoławczym ograniczył się do wyrażenia własnej oceny, iż za daną opłatę transakcyjną realizacja usług nie jest możliwa. Brak jest tu wiarygodnego odniesienia do istniejących uwarunkowań rynkowych, chociażby wysokości opłat transakcyjnych oferowanych przy tego rodzaju usługach w praktyce rynkowej. Słusznie także zauważył Zamawiający, iż Odwołujący powoływał się na okoliczności wynikające z jego własnego podejścia do realizacji zamówienia, które nie muszą być charakterystyczne dla wszystkich wykonawców. Z kolei zawarte w odwołaniu twierdzenia, jakoby wykonawca miał otrzymywać dodatkowe bonifikaty ze źródeł pozaumownych czy finansować zamówienie z własnych środków, mają charakter wyłącznie spekulatywny, nie zostały poparte ani argumentacją, ani dowodami.

Izba uznała, iż w odniesieniu do oferty Przystępującego INTOUR nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp (zarzut nr 2) oraz podniesiony

jako ewentualny na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutu, zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 4).

Rozpoznając ww. zarzuty w pierwszej kolejności należy wskazać, iż twierdzenie Odwołującego, jakoby oferta Przystępującego INTOUR miała podlegać odrzuceniu z uwagi na jej rażąco niską cenę, pozostaje bezzasadne już z tego względu, że ww. wykonawca nie był wzywany przez Zamawiającego do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych. Na gruncie przepisów ustawy Pzp wezwanie takie powinno poprzedzać ewentualne odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy zaistnieją okoliczności uzasadniające podejrzenie rażąco niskiej ceny, wskazane w art. 224 ust. 1 lub 2 pkt 1 ustawy Pzp. Jeśli zmaterializują się przesłanki określone w ww. przepisach Zamawiający nie tyle może, co jest zobligowany wszcząć procedurę wyjaśnień. Dzięki temu wykonawca, przed ewentualnym odrzuceniem jego oferty, ma możliwość przedstawienia okoliczności, które wpłynęły na wycenę oferty oraz opisanie sposobu kalkulacji ceny ofertowej. Bez uzyskania wyjaśnień od wykonawcy dokonanie przez Zamawiającego kompleksowej oceny co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia za zaoferowaną cenę nie jest możliwe. Tym samym nie może

być tu mowy o naruszeniu przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Za całkowicie nieuzasadnione Izba uznała twierdzenia Odwołującego, iż złożenie oferty przez Przystępującego INTOUR miało stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Ustawa Pzp nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji odsyłając w tym zakresie do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z 2022 r. poz. 1233, dalej jako „u.z.n.k.”). W art. 3 ust. 1 tej ustawy zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ust. 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, przy czym za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5 - 17d u.z.n.k., jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Niewątpliwie zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest jedną z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych, dlatego też uzasadnionym jest odrzucenie oferty wykonawcy, który narusza przedmiotową regułę. Niemniej należy mieć na uwadze fakt, że zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 teże ustawy.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący nawet nie sprecyzował, jakiego czynu nieuczciwej konkurencji Przystępujący INTOUR miałby się dopuścić. W przywołanym w odwołaniu orzecznictwie przejawiały się tezy dotyczące upatrywania przez wykonawcę możliwości zysku lub dodatkowego wynagrodzenia ze źródeł pozaumownych, manipulacji cenami, rażącego zaniżenia cen, utrudniania innym wykonawcom dostępu do rynku, niemniej Odwołujący nie odniósł ich do realiów przedmiotowej sprawy. Przystępujący jedynie hasłowo wskazał na „celowe określenie nierealnej wartości upustu czy stawki opłaty transakcyjnej w celu uzyskania korzystniejszej punktacji ofert”, jednak nie wykazał, aby zaoferowany przez INTOUR upust czy opłata transakcyjna były nierealne, nierynkowe. Podobnie jak w przypadku opłaty transakcyjnej (co omówiono już powyżej), również w odniesieniu do kwestii upustów Odwołujący poprzestał jedynie na przypuszczeniach, których nie poparł wiarygodną argumentacją. W odwołaniu przedstawiono subiektywną ocenę, iż „wątpliwe wydaje się, aby wykonawcy mogli oferować stały upust” oraz, że „niemożliwym jest, aby rabaty były regułą”, niemniej tak postawionych tez nie wykazano. Nawet jeśli zasadnym byłoby uznanie, że oferowane przez Przystępującego INTOUR upusty czy opłata transakcyjna powinny budzić

wątpliwości Zamawiającego (czego jednak Odwołujący również nie dowiódł), to nie jest właściwym wywodem z tego faktu w sposób automatyczny - co zdaje się czynić Odwołujący - tak daleko idącego wniosku jak uznanie, że złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podnosząc taki zarzut powinien był wykazać, że działanie Przystępującego INTOUR wypełnia znamiona konkretnego czynu stypizowanego w u.z.n.k. lub wpisuje się w definicję takiego czynu określoną w art. 3 ust. 1 tej ustawy. Odwołujący tego nie uczynił, wobec czego za bezzasadny uznać należy zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Oceniając zarzut ewentualny, wobec nieuwzględnienia zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 i pkt 8 ustawy Pzp, tj. zarzut zaniechania wezwania Przystępującego INTOUR do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 4), Izba stwierdziła, że Odwołujący nie dowiódł, aby w przedmiotowym przypadku zmaterializowały się przesłanki uzasadniające skierowanie takiego wezwania. Przede wszystkim należy podnieść, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, to Odwołującego obciążał obowiązek dowodowy w zakresie wykazania zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, aktualizujących po stronie Zamawiającego obowiązek wezwania Przystępującego INTOUR do wyjaśnień. W tym wypadku, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie znajduje bowiem zastosowania szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu określona w art. 537 ustawy Pzp. Przepis ten odnosi się wyłącznie do sytuacji, w których zamawiającemu zostały złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, do czasu bowiem przedstawienia takich wyjaśnień można mówić co najwyżej o istnieniu wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny. Dopiero fakt wystosowania wezwania do wykonawcy na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp powoduje obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu (co wynika z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp), a następnie ciężarem dowodu w tożsamym zakresie w postępowaniu odwoławczym (na podstawie art. 537 ustawy Pzp). W konsekwencji to Odwołujący zobowiązany był wykazać, że cena (lub jej istotne części składowe) zaoferowana przez Przystępującego INTOUR powinna wydawać się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W ocenie Izby Odwołujący powyższemu obowiązkowi nie sprostał. W odniesieniu do zagadnienia dotyczącego opłaty transakcyjnej w pełnym zakresie zastosowanie znajduje wskazana powyżej argumentacja dotycząca zarzutu nr 1 odwołania, wobec czego niecelowe jest jej powielanie w tym miejscu. Analogiczne stanowisko mając należy w odniesieniu do twierdzeń Odwołującego dotyczących oferowanego przez Przystępującego INTOUR upustu.

Twierdzenia Odwołującego stanowią wyłącznie wyraz jego przypuszczeń, które nie zostały poparte wiarygodnymi dowodami. Zauważyć należy, że w odwołaniu w zasadzie brak jest argumentacji wskazującej na rażąco niską cenę oferty INTOUR. Odwołujący jedynie jako przykład wskazał na cenę netto za obiad w formie bufetu w czterogwiazdkowym hotelu w mieście po zastosowaniu upustu, lakonicznie stwierdzając, iż cena ta nie ma odniesienia do realiów rynkowych oraz podnosząc, iż „podobnie sprawa ma się w pozostałych pozycjach.” Odwołujący ani nie omówił realiów rynkowych, na które się powołał, ani nie odniósł się w ogóle do poziomu upustów, jakie oferowane są w praktyce przez wykonawców działających na rynku usług będących przedmiotem zamówienia. Z kolei okoliczność, iż po zastosowaniu upustu ceny maksymalne poszczególnych pozycji odbiegają o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen ofert, na poparcie której przedstawiono zestawienie (dowód nr 1), nie została podniesiona w odwołaniu. Nadto art. 224 ust. 2 ustawy Pzp jasno wskazuje, iż podane tam wskaźniki arytmetyczne referują do ceny całkowitej oferty, w przedmiotowym przypadku zaś mowa jest o określonych elementach składowych ceny, dodatkowo pomniejszonych o wartość oferowanego upustu. Trafnie także spostrzegł Przystępujący INTOUR, iż upust - zgodnie z § 3 ust. 4 pkt 1 PPU oraz § 6 ust. 3 PPU - dotyczy cen wyjściowych danej usługi, a nie cen maksymalnych wskazywanych w formularzu ofertowym na potrzeby oceny ofert oraz ustalenia maksymalnego poziomu wynagrodzenia umownego.

Izba stwierdziła ponadto, że Odwołujący jako podmiot profesjonalny, niewątpliwie posiada wiedzę co do faktycznych kosztów związanych z realizacją przedmiotowych usług, jednak w odwołaniu nie przedstawił żadnych wyliczeń, które mogłyby wskazywać, że za zaoferowaną przez Przystępującego INTOUR cenę, przy tak ustalonej opłacie transakcyjnej oraz poziomie upustu, nie jest możliwa realizacja zamówienia bez strat po stronie wykonawcy. Odwołujący poza ogólnym opisaniem w treści odwołania, jakie czynniki powinny zostać uwzględnione w cenie oferty, nie podał konkretnych wiążących się z tymi czynnikami kosztów, nie przedstawił żadnych wyliczeń ani dowodów, które mogłyby podważyć realność i rynkowość ceny zaoferowanej przez Przystępującego INTOUR. Nie stanowią takiego dowodu złożone na rozprawie oferty hoteli czterogwiazdkowych zlokalizowanych w Warszawie (dowód nr 4) oraz sporządzone na ich podstawie zestawienie (dowód nr 2), jako że dowody te obejmują jedynie wybraną grupę hoteli oraz nie dotyczą w ogóle kwestii rabatów (upustów), jakie możliwe są do osiągnięcia przez wykonawców przy współpracy z hotelami i jakie oferowane są odbiorcom przy usługach pośrednictwa w organizacji noclegów.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie dowiódł, aby wycena dokonana przez Przystępującego INTOUR budziła wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, a

tym samym nie wykazał, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia

zachodziła konieczność wezwania Przystępującego INTOUR do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Za niezasadny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w stosunku do oferty Przystępującego INTOUR.

Dla zastosowania ww. podstawy odrzucenia oferty konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Izba nie neguje stanowiska Odwołującego, iż z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć do czynienia w sytuacji przyjęcia przez wykonawcę w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia w tym zakresie omyłki. Zgodnie ze stanowiskiem wynikającym z uchwał Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt: III CZP 52/11 i III CZP 53/11, w przypadku gdy zamawiający nie wskazał stawki podatku w treści specyfikacji warunków zamówienia, to na wykonawcach spoczywa obowiązek ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT, co jednocześnie nie oznacza, iż zamawiający zwolniony jest z obowiązku weryfikacji prawidłowości zastosowanych przez wykonawców stawek podatku VAT pod kątem zaistnienia podstawy odrzucenia oferty.

Odwołujący stawiając zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp winien był udowodnić, że oferta Przystępującego INTOUR faktycznie obciążona jest błędem w obliczeniu ceny, w tym wypadku, że ww. wykonawca przyjął nieprawidłową stawkę podatku VAT dla pozycji 1-3 Tabeli 1 i 2 Formularza ofertowego. Niemniej lektura uzasadnienia odwołania prowadzi do wniosku, iż poza przywołaniem orzecznictwa, brak jest w nim jakiegokolwiek analizy obowiązujących przepisów podatkowych i ich relacji do opisu przedmiotu zamówienia. W odwołaniu poza wyrażeniem opinii, iż „Zamawiający jednoznacznie określił przedmiot zamówienia jako usługę kompleksową, tj. organizację jedno lub wielodniowych wydarzeń” oraz stwierdzeniem, że „w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z usługą jednolitą” próżno szukać jakiegokolwiek argumentacji, która wykazywałaby powyższe twierdzenia. Tymczasem już sam fakt, iż Zamawiający dokonał w formularzu ofertowym rozbicia poszczególnych elementów ceny, wymagając określenia właściwych stawek podatku VAT dla każdej ze wskazanych pozycji, wskazuje, iż Zamawiający rozróżniał rodzajowo usługi wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia. Znalazło to odzwierciedlenie także w postanowieniach PPU (por. np. § 6 ust. 2 i 8 PPU). Teza Odwołującego, jakoby Zamawiający jednoznacznie określił przedmiot zamówienia jako usługę kompleksową, nie broni się zatem w zestawieniu z treścią dokumentów zamówienia.

Nie negując okoliczności wynikających z przywołanego w odwołaniu orzecznictwa, Izba podkreśla, iż samo wskazanie w treści odwołania na orzecznictwo nie stanowi wykazania

25

zarzutu, jeżeli nie dokonano żadnej analizy konkretnego stanu faktycznego pod kątem obowiązujących regulacji prawnych i podatkowych. Analiza treści dokumentów zamówienia została częściowo dokonana dopiero w opinii prywatnej złożonej jako dowód w sprawie przez Odwołującego, niemniej treść tej opinii zasadniczo wykracza poza podstawy faktyczne zarzutu i stanowi ich uzupełnienie po terminie na wniesienie odwołania, co nie może zostać uznane za działanie uprawnione. Ponadto moc dowodowa tego dokumentu jest znikoma. Po pierwsze, opinia ma charakter prywatny, została sporządzona na zlecenie Odwołującego, w związku z tym należy ją traktować jedynie jako wzmocnienie twierdzeń strony, która dla ich uwiarygodnienia odwołuje się do autorytetu specjalisty i wiadomości specjalnych. Po drugie, trafnie spostrzegł Zamawiający, iż opinia ta została opracowana w oparciu o wskazaną przez Odwołującego tezę, iż przedmiotem zamówienia jest jedna kompleksowa usługa, stanowiąca świadczenie kompleksowe. Już sama wstępna część opinii wskazuje, iż za punkt wyjścia przyjęto stanowisko Odwołującego, iż oferta Przystępującego INTOUR jest sprzeczna z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług. Również w wielu miejscach tej opinii znalazły się odniesienia do oceny składającego odwołanie. W ocenie Izby opinia ta nie daje dostatecznych podstaw, aby jedynie w oparciu o nią przesądzić, że oferta INTOUR powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na nieprawidłowe określenie stawki podatku VAT. Dodać należy, iż rzeczona opinia poddaje w wątpliwość prawidłowe ustalenie przez Zamawiającego treści dokumentów zamówienia. Wskazuje m.in. na to, że to z działania Zamawiającego wynika obowiązek wyszczególnienia stawek podatku VAT dla poszczególnych świadczeń, jak i na okoliczność, że przyjęte przez Zamawiającego parametry nie zostały ustalone w sposób, który umożliwiłby obiektywne i przejrzyste porównanie oferowanych cen. Abstrahując od faktu, że kwestionowanie postanowień SWZ na obecnym etapie postępowania stanowi działanie spóźnione, to taka argumentacja świadczy na korzyść Przystępującego INTOUR - zgodnie bowiem z utrwalonym w doktrynie i orzecznictwie poglądem, nieprawidłowości i niejednoznaczności w treści dokumentów zamówienia nie powinny nieść za sobą negatywnych konsekwencji dla wykonawcy.

Izba stwierdziła ponadto, iż w odwołaniu nie podjęto żadnej polemiki z treścią wyjaśnień, jakie złożył Przystępujący INTOUR na wezwanie Zamawiającego w zakresie wskazanych w formularzu ofertowym stawek VAT, gdy tymczasem Zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśniającą w tym zakresie, a wykonawca w wyjaśnieniach odwołał się do stawek wynikających z ustawy o podatku od towarów i usług. Jednocześnie na rozprawie Odwołujący nie przedstawił argumentacji, która wykazywałaby, że stanowisko przyjęte przez Zamawiającego było nieprawidłowe. Zamawiający w sposób szczegółowy uzasadnił swoją decyzję (pkt 41-64 odpowiedzi na odwołanie), odnosząc się zarówno do treści dokumentów zamówienia, oferty oraz wyjaśnień INTOUR, jak i przepisów podatkowych, a także przywołał opinię wyrażoną w interpretacji indywidualnej Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej. Trudno w tej sytuacji uznać, aby Odwołujący w postępowaniu odwoławczym, które ma czysto kontryktoryjny charakter, udowodnił zasadność stawianych zarzutów.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe, Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał, aby czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty Przystępującego INTOUR jako najkorzystniejszej naruszała wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp.

Przechodząc do oceny zarzutów podniesionych względem pozostałych, niżej umiejscowionych w rankingu, ofert wykonawców Symposium Cracoviensis, Travel Manager oraz Przystępującego Vmoris należy wskazać na art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Brak wpływu stwierzonego naruszenia na wynik postępowania jest równoznaczny z brakiem możliwości uwzględnienia zarzutu dotyczącego tego naruszenia. Mając to na uwadze zarzuty odwołania dotyczące ofert wykonawców sklasyfikowanych na dalszych miejscach w rankingu ofert nie mogły podlegać uwzględnieniu, ponieważ nie rzutują one w żaden sposób na wynik postępowania, który wobec braku podważenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, pozostaje niezmienny.

Jedynie zatem uzupełniająco należy wskazać, iż w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w odniesieniu do oferty Przystępującego Vmoris, Izba za prawidłowe uznała stanowisko Odwołującego, który wskazywał, iż zaoferowana przez tego wykonawcę wysokość opłaty transakcyjnej nie jest zgodna z wymaganiami wynikającym z § 3 ust. 4 pkt 2 PPU. Zgodnie z ww. postanowieniem umownym jednostkowa cena opłaty transakcyjnej wskazana w ofercie nie mogła przekroczyć kwoty określonej w Rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej (Dz. U. z 2013 r., poz. 167). Zgodnie z § 7 ust. 1 ww. Rozporządzenia dieta w czasie podróży krajowej jest przeznaczona na pokrycie zwiększonych kosztów żywienia i wynosi 38 zł za dobę podróży. Zestawiając powyższe regulacje należy stwierdzić, iż jednostkowa cena opłaty transakcyjnej wskazana w ofercie nie mogła przekroczyć kwoty 38 zł. Podkreślić należy, iż w § 3 ust. 4 pkt 2 PPU odniesiono się do ceny opłaty transakcyjnej „wskazanej w ofercie”, a zatem ustalony poprzez odesłanie do ww. Rozporządzenia górny limit opłaty transakcyjnej należało odnosić do tej kwoty, jaką wykonawcy podawali w formularzu ofertowym. Zgodnie zaś ze wzorem formularza ofertowego opracowanym przez Zamawiającego wysokość opłaty transakcyjnej za dokonanie rezerwacji hotelu w Polsce określano w kwocie brutto. To wysokość w złotych brutto opłaty transakcyjnej była poddawana ocenie w kryteriach oceny ofert. Tym samym to wartość brutto opłaty transakcyjnej nie mogła być wyższa niż 38 zł. Argumentacja Przystępującego VMoris jakoby wskazaną w § 7 ust. 1 ww. Rozporządzenia należało porównywać z jednostkową ceną netto opłaty transakcyjnej jest sprzeczna z treścią PPU, które odsyłają wprost do ceny wskazywanej w formularzu ofertowym, podawanej wyłącznie w kwocie brutto. Izba nie stwierdziła, aby w przedmiotowym przypadku istniały podnoszone przez Przystępującego VMoris niejednoznaczności w treści SWZ. Jeżeli po stronie Przystępującego VMoris zaistniały jakiegokolwiek wątpliwości, w jaki sposób należy ustalić górny limit opłaty transakcyjnej wskazywanej w formularzu ofertowym, to był on uprawniony zwrócić się do Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień treści dokumentów zamówienia. Podkreślić należy, iż wykonawcę, jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia, obciąża obowiązek dochowania należytej staranności podczas przygotowywania oferty. Przystępujący VMoris staranności tej nie dochował, gdyż przed terminem składania ofert nie upewnił się, czy prawidłowo interpretuje treść dokumentów zamówienia, a następnie złożył ofertę zawierającą opłatę transakcyjną przekraczającą ustalony przez Zamawiającego limit maksymalny.

Zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego VMoris na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania, co powoduje, iż przedmiotowy zarzut nie może zostać uwzględniony.

W zakresie odnoszącym się do ofert wykonawców Symposium Cracoviense oraz Travel Manager zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 226 ust. 1 pkt 7 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie potwierdziły się. Zastosowanie w pełni znajduje tutaj argumentacja przedstawiona powyżej w odniesieniu do oferty Przystępującego INTOUR, wobec czego zbędne jest jej powielanie. Izba stwierdziła, iż jedynie wysokość opłaty transakcyjnej zaoferowanej przez Travel Manager w kwocie 0,01 zł brutto mogła wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i skutkować wszczęciem procedury wyjaśniającej, niemniej okoliczność ta obecnie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, co skutkuje brakiem podstaw do uwzględnienia zarzutu.

Mając na uwadze, iż wszystkie omówione powyżej zarzuty podlegały oddaleniu, Izba w konsekwencji za bezzasadny uznała także zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby brak było podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający uchybił zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Fakt, iż powinien być on odrzucić ofertę wykonawcy VMoris czy ewentualnie wezwać do wyjaśnień wykonawcę Travel Manager w zakresie dotyczącym wysokości zaoferowanej opłaty transakcyjnej nie wpływał na uznanie, iż czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została dokonana z poszanowaniem ww. zasad.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: