

WYROK
z dnia 14 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 września 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę Netmedia Business Travel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Uniwersytet Jagielloński

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Why Not FLY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
Nakazuje Zamawiającemu wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Why Not FLY

1

Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie z uwagi na niewniesienie wadium do upływu terminu składania ofert oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
W pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznaje za niezasadne.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Uniwersytet Jagielloński i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Netmedia Business Travel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Uniwersytetu Jagiellońskiego na rzecz wykonawcy Netmedia Business Travel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

2

UZASADNIENIE

Uniwersytet Jagielloński (dalej: Zamawiający) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: *Obsługa przejazdów w zagranicznych podróżach służbowych pracowników, studentów, doktorantów Uniwersytetu Jagiellońskiego Collegium Medicum i Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz gości i zleceniobiorców w okresie dwóch lat, licząc od dnia udzielenia zamówienia, tj. podpisania umowy lub do czasu wyczerpania kwoty wynagrodzenia brutto należnego wykonawcy, na którą zawarto umowę, w zależności od tego, które ze zdarzeń nastąpi wcześniej.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 118-214944 w dniu 20 czerwca 2015 roku.

28 sierpnia 2015 roku Odwołujący działając oparciu o przepis art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907; dalej: ustawa lun Pzp) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego.

Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu:

- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z zw. z art. 45 ust. 1-8 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum wykonawców w składzie: Why Not USA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa oraz Why Not Fly spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej „Konsorcjum”), mimo niewniesienia przez tego wykonawcę w sposób należyty wadium do upływu terminu składania ofert,
- naruszenie przepisu art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 2, 3 i 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum pomimo, że przedmiotowa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zaś zaoferowana opłata (cena) transakcyjna za wystawienie pojedynczego biletu w kwocie 0,01 zł brutto nie uwzględnia wskazanych w pkt 12 pkt 6 i 8 siwz kosztów składających się

3

na wykonanie tej usługi,

- naruszenie przepisu art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy przez nieprawidłową ocenę złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień i uznanie, że dostarczone przez Konsorcjum wyjaśnienia i dowody potwierdzają, że oferta złożona przez Konsorcjum nie zawiera rażąco niskiej ceny pomimo, że złożone wyjaśnienia i dowody potwierdzają, iż cena zaoferowana przez Konsorcjum w ofercie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w tym również w związku z naruszeniem wymienionych w odwołaniu przepisów ustawy, oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, w sytuacji gdy oferta złożona została przez konsorcjum składające się z trzech podmiotów: Why Not USA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, Why Not Fly spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz WhyNotTravel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, zaś jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez konsorcjum wykonawców w składzie: Why Not USA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa oraz Why Not Fly spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, co skutkowało również naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwanie ww. wykonawcy do złożenia dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy a dotyczących spółki WhyNotTravel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
- a także naruszenie innych przepisów prawa wskazanych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
- wykluczenie z postępowania Konsorcjum, względnie odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum zgodnie z zarzutami przedstawionymi w niniejszym Odwołaniu;

z ostrożności procesowej: na wypadek nie podzielenia argumentacji dotyczącej zaniechania wykluczenia Konsorcjum oraz odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum:

- wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Why Not USA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, Why Not Fly spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz WhyNotTravel spółka z

4

ograniczoną odpowiedzialnością do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy a dotyczących spółki WhyNotTravel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,

- a w przypadku ich nieuzupełnienia wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Why Not USA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, Why Not Fly spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz WhyNotTravel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z postępowania i odrzucenia oferty tego wykonawcy;
- przeprowadzenie ponownej procedury badania i oceny ofert z uwzględnieniem wykluczenia Konsorcjum, względnie odrzucenia oferty Konsorcjum,
- uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Odwołującego.

2. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym wynagrodzeniem pełnomocnika Odwołującego.

Odwołujący podał, że interes Odwołującego się we wniesieniu odwołania albowiem spełnione zostały przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy interes Odwołującego, jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, doznał uszczerbku. Oferta Odwołującego uzyskała 49,80 pkt (przy czym maksymalna możliwa do uzyskania liczba punktów wynosiła 50) i została zakwalifikowana przez Zamawiającego jako druga najkorzystniejsza oferta, przy czym w postępowaniu zostały złożone jedynie dwie oferty.

Zamawiający w toku badania i oceny ofert nie wykluczył Odwołującego z postępowania, ani nie odrzucił oferty Odwołującego. Oferta Odwołującego jest ofertą zgodną z przepisami ustawy oraz postanowieniami SIWZ, co potwierdza również Zamawiający poddając ofertę Odwołującego merytorycznej ocenie.

Gdyby Zamawiający prawidłowo zastosował ww. przepisy ustawy i wykluczył Konsorcjum, względnie odrzucił ofertę Konsorcjum, to oferta Odwołującego zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą (jako że w takim przypadku oferta Odwołującego zawierałaby najniższą cenę oraz maksymalną liczbę punktów w kryterium poza cenowym z ofert niepodlegających odrzuceniu). Zatem gdyby nie naruszenie przepisów ustawy przez Zamawiającego, zamówienie zostałoby udzielone Odwołującemu. Odwołujący ma zatem interes w złożeniu niniejszego odwołania, w tym w szczególności interes majątkowy (finansowy).

5

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

W dniu 18 sierpnia 2015r. Odwołujący został poinformowany o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum.

I.

Nie wniesienie należytego wadium przez Konsorcjum.

W skład Konsorcjum wchodzi dwa podmioty: Why Not USA sp. z o.o. oraz Why Not Fly sp. z o.o..

Wadium zostało wniesione jedynie przez jednego z uczestników Konsorcjum, tj. przez Why Not USA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (dalej „Why Not USA”). Wniosek taki wynika z treści samej gwarancji bankowej, gdzie jedynym podmiotem,

którego działania i zaniechania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są przedmiotem zabezpieczenia, jest Why Not USA. W żadnym miejscu gwarancji bankowej nie został wymieniony drugi z uczestników konsorcjum, tj. Why Not Fly spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej „Why Not Fly”), ani tym bardziej konsorcjum wykonawców w składzie: Why Not USA oraz Why Not Fly.

Umowa gwarancji bankowej nie została uregulowana w sposób szczegółowy w przepisach ustawowych, w tym w ustawie - Prawo bankowe, została jedynie przewidziana w art. 5 ust. 1 pkt 4 Prawa bankowego jako jedna z czynności bankowych. Zatem treść zobowiązania wynikającego z umowy gwarancji, w tym zakres odpowiedzialności gwaranta, kształtowana jest przez strony umowy i w sposób wyczerpujący określona w jej treści.

W niniejszej sprawie treść gwarancji nie pozostawia wątpliwości, że zakresem ochrony objęte zostały działania i zaniechania zobowiązanego, którym jest wyłącznie spółka Why Not USA. Z żadnego postanowienia gwarancji ani z żadnego z przepisów Prawa bankowego nie wynika, że obejmuje ono okoliczności związane ze wspólnym ubieganiem się o udzielenie zamówienia ani nie wskazuje drugiego z wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum. W związku z powyższym, tak ukształtowana treść zobowiązania gwarancyjnego nie zapewnia Zamawiającemu możliwości skutecznego dochodzenia roszczeń w przypadku, gdy okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją również lub tylko po stronie drugiego z członków Konsorcjum.

Nie ulega wątpliwości, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie wnoszą jedno wadium zabezpieczające ich ofertę wspólną. Nie ma zatem przeszkód, aby umowa gwarancji bankowej została zawarta przez jednego z tych wykonawców, z tym jednak zastrzeżeniem, że udzielenie ochrony ubezpieczeniowej nastąpi na rzecz wszystkich

6

wykonawców wchodzących w skład konsorcjum. Status prawny wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (ich autonomiczność i samodzielność podmiotowa, brak wykreowania nowego podmiotu prawnego) oraz charakter zobowiązania z gwarancji bankowej (zobowiązanie o charakterze abstrakcyjnym) przesądzają bowiem o tym, że gwarancja udzielona tylko na rzecz jednego z uczestników konsorcjum może pozwolić bankowi - wystawcy na skuteczne uchylenie się od zapłaty zobowiązania gwarantowanego przez bank – wystawcę.

Uczestnicy konsorcjum wspólnie ubiegający się o zamówienie nie tworzą nowego bytu prawnego, zaś konsorcjum nie posiada osobowości prawnej.

Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, *wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie posiadają podmiotowości prawnej, nie mogą zaciągać zobowiązań na własny rachunek i tym samym nie tworzą oni niczego poza pewną grupą odrębnych podmiotów wspólnie działających z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego. Zarówno z brzmienia art. 23 ust. 2 jak również art. 23 ust. 3 ustawy Pzp wynika, iż w takim wypadku nadal mamy do czynienia z wielością podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym zgodnie z treścią art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przesłanka zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a, jak również przesłanki wskazane w art. 46 ust. 1 — 3 ustawy Pzp materializują się odrębnie, co do każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok KIO z 20 lipca 2010r., KIO 1408/10).*

Zarazem podkreślenia wymaga, że określona w przepisach ustawy odpowiedzialność członków konsorcjum dotyczy relacji pomiędzy tymi wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, a zamawiającym. W żadnym wypadku powyższe przepisy ustawy nie wpływają, nie kształtują, ani nie modyfikują relacji z podmiotami trzecimi, a w szczególności zaś z podmiotem udzielającym ochrony gwarancyjnej (ubezpieczycielem lub bankiem). Podkreślenia również wymaga, że - niezależnie od powyższego - żaden z przepisów ustawy nie ustanawia solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (por. wyrok KIO z 15 marca 2012r., KIO 421/12). Ukształtowana na zasadzie art. 141 ustawy solidarna odpowiedzialność członków konsorcjum dotyczy i odnosi się li tylko do wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykładając przepis art. 141 ustawy *a contrario*, odpowiedzialność solidarna wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego nie obejmuje czynności podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia

ust. 1-3 ustawy).

Co również istotne, sposób ukształtowania odpowiedzialności uczestników konsorcjum wobec zamawiającego nie może przesądzać o skuteczności dochodzenia ewentualnych przyszłych roszczeń z gwarancji z uwagi na charakter prawny gwarancji bankowej.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego podnosi się, że *zobowiązanie z gwarancji ubezpieczeniowej, które zostaje przez strony określone jako nieodwołalne i bezwarunkowe, jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj. niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągniętego zobowiązania z tytułu gwarancji oraz samodzielnym (nieakcesoryjnym), którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania, istnienie i zakres samodzielnego zobowiązania gwaranta określa sama umowa gwarancji ubezpieczeniowej* (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 10 lutego 201 Or., V CSK 233/09). Pomimo, że powyższe orzeczenie zostało wydane w odniesieniu do gwarancji ubezpieczeniowej, to jest z uwagi na zbliżony w tym zakresie charakter gwarancji ubezpieczeniowej oraz bankowej, zachowuje ono swoją aktualnością również w odniesieniu do gwarancji bankowej. Z powyższego wynika, że na treść zobowiązania gwaranta (banku - wystawcy) wobec beneficjenta (zamawiającego) nie ma wpływu relacja pomiędzy uczestnikami konsorcjum a zamawiającym, ani pomiędzy samymi uczestnikami konsorcjum. Natomiast roszczenie zamawiającego o zapłatę z tytułu gwarancji powstaje wyłącznie w odniesieniu do okoliczności przewidzianych w treści samej gwarancji, biorąc pod uwagę zarówno zakres przedmiotowy gwarancji, jak i jej zakres podmiotowy. Prowadzi to do sytuacji, w której w przypadku zaistnienia podstaw do zatrzymania wadium spowodowanych działaniem lub zaniechaniem Why Not USA, Zamawiający mógłby skutecznie dochodzić zapłaty kwoty wadium przez bank - wystawcę. Przeciwnie zaś, gdyby to z przyczyn leżących po stronie Why Not Fly (przez działania lub zaniechania Why Not Fly) zaszły przesłanki zatrzymania wadium, to w takim wypadku Zamawiający nie byłby uprawniony do żądania od banku - wystawcy kwoty wadium, gdyż przedmiotowe wadium nie zabezpiecza działań ani zaniechań Why Not Fly ani Konsorcjum jako całości. Innymi słowy - przy takim sformułowaniu treści gwarancji, bank - wystawca nie odpowiada za działania i zaniechania Why Not Fly ani Konsorcjum.

Uzasadnione jest twierdzenie, że w przypadku objęcia gwarancją bankową tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gwarant będzie miał możliwość uchylecia się od zapłaty sumy gwarancji, w sytuacji, gdy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po stronie drugiego z wykonawców (zob. wyroki KIO: z 20 lipca 2010r., KIO 1408/10; z 15 września 2014r., KIO 1785/14; z 5 maja 2015r., KIO 813/15). W konsekwencji, omówiona wada wadialnego zabezpieczenia oferty prowadzi do wniosku, iż

Konsorcjum podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z zw. z art. 45 ust. 1-8 ustawy. Podkreślenia wymaga, że przepisy ustawy nie zezwalają na uzupełnienie dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium, nawet jeśli zawiera on wady. Zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania stanowi zatem o naruszeniu przez Zamawiającego powołanego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z zw. z art. 45 ust. 1-8 ustawy.

II.

Rażąco niska cena ofert Konsorcjum i nieuwzględnienie wszystkich elementów kosztotwórczych.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie złożonej przez Konsorcjum w pierwszej kolejności należy podkreślić, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednocześnie ustawa nie wprowadza definicji pojęcia „*rażąco niskiej ceny*”. Ponadto art. 90 ust. 1 ustawy w zakresie rażąco niskiej ceny odnosi ją do przedmiotu zamówienia - czyli konkretnego dobra jakie chce pozyskać Zamawiający. Brak zdefiniowania tego pojęcia, a także brak możliwości wywnioskowania jednolitych zasad, kryteriów takiej oceny biorąc pod uwagę orzecznictwo w tym zakresie należy uznać, iż każdy przypadek Zamawiający

zobowiązany jest oceniać indywidualnie, w kontekście danego postępowania. Weryfikując rażąco niską cenę należy odnieść się do ceny jaką zaoferował wykonawca za konkretny przedmiot wymagany przez Zamawiającego. Należy badać czy za zaoferowaną przez wykonawcę w ofercie cena możliwa będzie realizacja określonego przedmiotu zamówienia. Zgodnie z ukształtowaną przez doktrynę wykładnią sformułowaną w opinii Urzędu Zamówień Publicznych, za rażąco niską cenę uznajemy cyt. *za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi* Wskazane pojęcie dookreślono również w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych. *O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę*”, (Sąd Okręgowy w Katowicach w wyrok z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1441/07, wyrok

9

Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 73/08, sygn. akt: KIO/UZP 74/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 258/08) czy wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. sygn. akt UZP/ZO/O-696/07). *Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe* wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/O-1082/07. *Rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości.* Odnosząc się do ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych należy stwierdzić, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponadto zgodnie z art. 89 ust 2 pkt 4 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie ustawodawca w art. 90 ust 2 ustawy wskazał przykładowo, obiektywne czynniki mogące mieć wpływ na kalkulację ceny przez wykonawcę, które Zamawiający bierze pod uwagę dokonując oceny wyjaśnień. Niewątpliwie, czynniki jakie mogą mieć wpływ na kalkulację ceny oferty będą różne oraz będą zawsze kreowane przez wykonawców składających wyjaśnienia, gdyż sami wykonawcy będą każdorazowo wskazywać te elementy oferty, które były podstawą wyliczenia zaoferowanej w ofercie ceny oraz będą odwoływali się do czynników zewnętrznych jakie miały wpływ na taką kalkulację oferty. Jednak niezależnie od zastosowanych obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty, zaoferowana przez Konsorcjum cena powinna pokrywać koszty realizacji przedmiotowego zamówienia natomiast przy cenie zaoferowanej przez tegoż wykonawcę nie ma takiej możliwości. Złożone wyjaśnienia Konsorcjum wskazują, iż pokrycie kosztów realizacji usługi nie nastąpi z kwoty jaką zaoferował wykonawca w ofercie. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy. Jednak bez względu na przyczyny, w sytuacji gdy cena znacząco odbiega od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia wyrażonej w wartości szacunkowej zamówienia, praktycznie zawsze wskazuje na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę stopień skomplikowania realizacji przedmiotowego zamówienia, jak też nakład pracy niezbędne do należytej realizacji zamówienia przy mocno konkurencyjnym rynku biur turystycznych i podróźniczych oraz zbliżonych marżach obowiązujących na rynku nie ma żadnej możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia za cenę 0,01 zł brutto jako pojedynczą opłatę transakcyjną. Zatem zaistniały stan faktyczny bezpośrednio prowadzi do sytuacji, w której realizacja zamówienia nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy,

10

naraża go na straty, realizowanie zadania poniżej kosztów.

Szczególnego podkreślenia wymaga sposób kalkulacji ceny ofertowej, jakiego wymagał Zamawiający.

Mianowicie zgodnie z pkt 12 ppkt 1 SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia) wykonawca musiał przedstawić, w formie indywidualnej kalkulacji cenowej, wyrażoną w PLN sumaryczną cenę brutto za realizację całości/części przedmiotu zamówienia, obliczoną zgodnie z algorytmem przedstawionym w zestawieniu tabelarycznym, zawartym odpowiednio dla danej części przedmiotu zamówienia w załączniku A i B do SIWZ, z uwzględnieniem cen brutto opłat transakcyjnych za wystawienie biletu lotniczego (na trasach europejskich/pozaeuropejskich) oraz odpowiednio kolejowego i autokarowego związanego z zagraniczną podróżą służbową.

Formularze w postaci załączników A i B do SIWZ zostały sporządzone w tożsamy sposób, mianowicie: w kolumnie 1 wskazano przedmiot zamówienia (pole wypełnione przez Zamawiającego), w kolumnie 2 wskazano planowaną przez Zamawiającego wartość brutto biletów w złotych (pole wypełnione przez Zamawiającego), w kolumnie 3 wskazano szacowaną ilość biletów w czasie trwania umowy (pole wypełnione przez Zamawiającego), w kolumnie 4 wykonawca powinien wskazać cenę brutto opłaty transakcyjnej za wystawienie pojedynczego biletu w złotych (pole winien wypełnić wykonawca), w kolumnie 5 wykonawca powinien wskazać sumę opłat transakcyjnych w złotych (pole winien wypełnić wykonawca w ten sposób, że przemnoży kolumnę 3 przez kolumnę 4), w kolumnie 6 wykonawca powinien wskazać cenę usługi brutto w złotych (pole winien wypełnić wykonawca w ten sposób, że zsumuje kolumnę 2 i kolumnę 5), u dołu zaś formularza wykonawca powinien wypełnić pole razem, czyli zsumować poszczególne kwoty z kolumny 6. Taki zaś sposób sporządzenia kalkulacji ceny ofertowej powoduje, że jedyną i wyłączną zmienną jaką mógł (i powinien) przedstawić i zaoferować wykonawca, była wysokość ceny brutto opłaty transakcyjnej za wystawienie pojedynczego biletu. Jedynie ta kwota była kwotą, której ustalenie pozostawało w gestii wykonawcy. Pozostałe pola były albo już ustalone i wypełnione przez Zamawiającego albo stanowiły wynik prostego obliczenia dokonanego przez wykonawcę (przemnożenie, zsumowanie). Zatem w pełni uzasadnione jest twierdzenie, że jedyną cenową wartością zmienną, którą konkurować mogli wykonawcy - była wysokość opłat transakcyjnych, którą płacić będzie Zamawiający za wystawienie pojedynczego biletu. Z powyższego powodu nieadekwatne do stanu faktycznego niniejszej sprawy są powołane przez Konsorcjum w treści wyjaśnień orzeczenia Izby. Zostały one bowiem wydane w odmiennych stanach faktycznych, gdzie oferenci konkurowali szeregiem aspektów tak cenotwórczych (jak np. wysokość upustów oferowanych zamawiającemu), jak i poza

cenotwórczych (m.in. sposób realizacji umowy, dostępność dodatkowych narzędzi dla zamawiającego). W sprawie niniejszej zaś jedynym aspektem, w którym konkurować mogli wykonawcy była jedynie wysokością opłat transakcyjnych. Jedyne kryterium poza cenotwórcze (posiadanie platformy elektronicznej) spełnili zaś wszyscy oferenci (uzyskując w tym zakresie maksymalną liczbę punktów), wobec czego kryterium to pozostawało bez znaczenia dla wyniku postępowania.

Konsorcjum zaś ustaliło wysokość opłat (cen) transakcyjnych za wystawienie każdego z biletów w wysokości 0,01 zł brutto (jeden grosz brutto). Zauważyć też należy, że łączna liczba planowanych przez Zamawiającego do nabycia biletów (w ramach obu części zamówienia) wynosi: 645 sztuk (część pierwsza zamówienia) oraz 8.043 sztuk (część druga zamówienia) zatem łącznie dla obu części zamówienia: 8.688 sztuk. Wskazana liczba biletów przewidziana jest do zamówienia w okresie 2 lat od dnia udzielenia zamówienia lub do wyczerpania środków przeznaczonych na realizację zamówienia (cokolwiek nastąpi pierwsze). Zatem przeliczając powyższą liczbę przez cenę zaproponowaną za pojedynczą rezerwację (8.688 sztuk * 0,01 zł brutto) łączna wartość przychodu Konsorcjum z tytułu opłat rezerwacyjnych wyniesienie (przy założeniu, że Zamawiający zamówi całą pulę możliwych biletów) 86,88 złotych brutto. Taka kwota przychodu została również wskazana w ofercie Konsorcjum (załącznik kalkulacja ceny oferty dla części 1 i 2). Powyższa kwota - 86,88 złotych brutto - jest kwotą przychodu z tytułu rezerwacji przez cały okres realizacji umowy wynoszący 2 lata. Co więcej, przedmiot zamówienia obejmuje również obsługę Zamawiającego w zakresie biletów kolejowych i autokarowych. Zgłoszenia podróży na trasach kolejowych i autokarowych niosą ze sobą konieczność wystawienia i dostarczenia papierowego (tradycyjnego) biletu do siedziby Zamawiającego. W przypadku zaś biletów

kolejowych i autokarowych nie powstają zaś dodatkowe benefity dla wykonawcy, w tym prowizje ani upusty. Liczba zaś planowanych do zamówienia biletów autokarowych i kolejowych jest niebagatelna. Dzieląc zatem tę kwotę przez planowaną liczbę miesięcy realizacji umowy (86,88 zł brutto / 24 miesiące) miesięczny przychód Konsorcjum z tytułu realizacji umowy wyniesie 3,62 złotych brutto. Powyższa kwota jest zatem kwotą symboliczną, nie stanowiącą realnego przychodu dla Konsorcjum. Kwota ta z całą pewnością nie pokrywa nawet wynagrodzenia jednego pracownika Konsorcjum, nawet zakładając minimalne koszty pracy ponoszone przez Konsorcjum, jako że aktualnie kwota minimalnego wynagrodzenia za pracę wynosi 1.750 złotych brutto, a zatem 483 razy więcej niż przychód Konsorcjum z tytułu opłat rezerwacyjnych. Zgodnie z pkt 12 ppkt 2 SIWZ, Zamawiający podkreślił, iż podana w zestawieniu tabelarycznym, zawartym w załączniku A i B do SIWZ, a jednocześnie stanowiącym podstawę do obliczenia sumarycznej ceny brutto

12

za całość/część przedmiotu zamówienia, ilość biletów ma wyłącznie charakter szacunkowy. Zatem, Zamawiający zastrzega sobie możliwość dostosowania ilości zamawianych biletów do aktualnych potrzeb (tj. zwiększania, bądź zmniejszania podanych liczb oraz przemieszczania ilości biletów w odniesieniu do wskazanej rejonizacji), w ramach środków finansowych przeznaczonych na realizację przedmiotowego zamówienia. Zatem wykonawca — w tym również Konsorcjum - nie ma żadnej gwarancji realizacji określonej liczby przewozów, tj. nie posiada żadnej gwarancji, że przychód osiągnięty z zamówienia (danej części zamówienia) zostanie zrealizowany na określonym poziomie. Zamawiający podkreślił również, że nie dopuszcza się, aby ceny brutto opłat transakcyjnych wynosiły 0,00 zł (pkt 12 ppkt 5 SIWZ).

Taka konstrukcja formularza ofertowa w związku z zaoferowaniem przez Konsorcjum ceny (opłaty transakcyjnej) w wysokości 0,01 zł brutto za wystawienie biletu lotnicze jest zatem ceną nierealną, bowiem za taką cenę nie jest możliwe zrealizowanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z postanowieniami SIWZ oraz przepisami prawa, w tym ustawy.

W złożonych wyjaśnieniach Konsorcjum szeroko rozważa i eksploatuje twierdzenia, jakoby pozyskanie dodatkowych benefitów od linii lotniczych (tzw. commissions i budżet marketingowy) oraz prowizji od biletów kolejowych i autokarowych powodowały dla Konsorcjum uzyskanie przychodu pozwalającego na zaoferowanie ceny 0,01 zł brutto z tytułu opłaty transakcyjnej za wystawienie jednego biletu. Podkreślenia jednak wymaga, że powoływany przez Konsorcjum dodatkowy zysk związany z tzw. commissions, budżetem marketingowym oraz prowizjami od przewoźników nie jest zyskiem pewnym, lecz pewnego rodzaju prognozą (przewidywaniem), uzależnionym m.in. od osiągnięcia wymaganego umową z przewoźnikiem poziomu sprzedaży / rezerwacji.

Konsorcjum zaś nie przedstawiło żadnego dokumentu - według wiedzy Odwołującego - z którego wynikałoby, że Konsorcjum (jego uczestnicy) zrealizowało odpowiedni wolumen sprzedaży i rezerwacji, uprawniający do otrzymania ww. benefitów w okresach ubiegłych. Linie lotnicze bowiem przy ustalaniu czy wykonawcy należne są dodatkowe benefity (oraz ich wysokości) porównują kwartał do kwartału (w większości) obrót realizowany z danym kontrahentem i jedynie przy zaistnieniu znacznego wzrostów obrotu z danym kontrahentem możliwe jest pozyskanie przez wykonawcę dodatkowych profitów z umów zawartych z liniami lotniczymi. Zauważyć również należy, że przedmiot zamówienia obejmuje nie tylko tzw. linie regularne, ale również tzw. linie tzw. low cost (czyli tanie linie lotnicze). Tanie linie lotnicze (low cost) nie zawierają zaś umów obejmujących preferencyjne zasady współpracy (przyznające dodatkowe benefity kontrahentom) ani takie tanie linie lotnicze nie płacą żadnych dodatkowych prowizji kontrahentom. Według najlepszej wiedzy Odwołującego tanie

13

umowy nie zostały również zawarte przez Konsorcjum (jego uczestników) z tanimi liniami lotniczymi. Wystawienie zaś biletu na przelot tanią linią lotniczą wiąże się z czasochłonną pracą (o większym nakładzie pracy niż przy tzw. regularnych liniach lotniczych). Powyższe wynika m.in. z faktu, iż przy rezerwacjach w tanich liniach lotniczych nie jest możliwe wykorzystanie zdalnych narzędzi pracy (np. call center). Dalej - według wiedzy Odwołującego - umowy zawarte przez Konsorcjum (jego uczestników), a przedłożone wraz z

wyjaśnieniami, nie obejmują swoim okresem obowiązywania całego okresu realizacji niniejszego zamówienia (umowa będzie zawierana na okres dwóch lat). Brak jest jednocześnie dowodu wykazującego lub uprawdopodobniającego, że Konsorcjum (jego uczestnicy) przedłużą umowy z przewoźnikami, a tym bardziej - że przedłużone umowy będą zawarte na takich samych warunkach w zakresie bonusów Konsorcjum, jak aktualnie obowiązujące. Mając na uwadze powołane powyżej postanowienie pkt 12 ppkt 2 SIWZ, Konsorcjum nie ma żadnej gwarancji osiągnięcia określonego poziomu przychodu z realizacji zamówienia. Nie ma zatem żadnej gwarancji, iż Konsorcjum osiągnie przychód, który uprawniałby Konsorcjum do uzyskania dodatkowych benefitów od przewoźników (commissions / budżet marketingowy / marże / upusty). Co więcej, dodatkowe benefity, jakie mogą być otrzymywane przez Konsorcjum, dotyczy jedynie określonych przewoźników oraz określonych tras. Powołując się zaś na pkt 12 ppkt 2 SIWZ, podnieść należy że Zamawiający przewiduje i dopuszcza możliwość relokacji środków z konkretnych obszarów zamówienia do innych obszarów zamówienia - np. poprzez zmniejszenie liczby podróży lotniczych zagranicznych, a zwiększenie liczby podróży kolejowych krajowych. Powyższe powoduje, że Konsorcjum może nie uzyskać potencjalnych dodatkowych benefitów od przewoźników, jako że nie jest gwarantowane (zapewnione) osiągnięcie takiej wysokości przychodów, która uprawniałaby Konsorcjum do ich otrzymania.

Zgodnie zaś z § 1 ust. 3.3. projektu umowy stanowiącego załącznik do SIWZ, Wykonawca zapewnia rezerwację połączeń lotniczych oraz sprzedaż biletów lotniczych (linie regularne i tanie) z uwzględnieniem podanych przez Zamawiającego warunków (standardu) podróży, optymalnego (tj. najkrótszego) czasu jej trwania, bezkolizyjnej relacji połączeń (w przypadku połączeń wieloetapowych) oraz najniższych cen obowiązujących w chwili złożenia zapotrzebowania, wedle najniższych dostępnych taryf publikowanych, stawek negocjowanych i stawek promocyjnych. Zważyć należy, że Konsorcjum posiada podpisane umowy przewidujące dodatkowe benefity dla Konsorcjum jedynie z określoną liczbą przewoźników, nie zaś ze wszystkimi przewoźnikami prowadzącymi działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Skoro wykonawca zobowiązany jest do wyszukania i zaferowania Zamawiającemu najkorzystniejszych połączeń o najniższej cenie i najkrótszym

czasie podróży, to zaproponowane w taki sposób przez wykonawcę najkorzystniejsze połączenia mogą nie znajdować się w ofercie przewoźników, z którymi Konsorcjum ma zawarte umowy przewidujące dodatkowe benefity dla Konsorcjum. Wykonawca bowiem na obecnym etapie nie jest w stanie określić, jacy przewoźnicy będą oferować najkorzystniejsze bilety (najtańsze i o najkrótszym czasie podróży). W takim wypadku Konsorcjum nie uzyska dodatkowych benefitów od przewoźników. W powyższych okolicznościach zachodzi również niebezpieczeństwo, że Konsorcjum - pobierając dodatkowe benefity jedynie od ściśle określonych linii lotniczych - zaniecha proponowania Zamawiającemu przewozów oferowanych przez przewoźników, z którymi Konsorcjum nie ma zawartych umów o szczególnych zasadach współpracy, mimo że linie lotnicze nie współpracujące z Konsorcjum oferują aktualnie korzystniejsze przewozy (tańsze, krótsze) niż linie lotnicze wypłacające Konsorcjum prowizje. Zachodzi również niebezpieczeństwo, że Konsorcjum przedstawiać będzie Zamawiającemu rezerwacje na wyższe klasy rezerwacyjne, niż wynikałoby to z zapotrzebowania Zamawiającego. Wyjaśnienia bowiem wymaga, że linie lotnicze nie wypłacają dodatkowych prowizji jedynie od wyższych klas rezerwacyjnych, nie wypłacają zaś przedmiotowych prowizji od najniższych klas rezerwacyjnych, jak również nie wypłacają prowizji od rezerwacji dokonanych w ramach aktualnych promocji linii lotniczych. Powoływanie się na dodatkowy zysk (benefity) od przewoźników jest niewłaściwe również i z tego powodu, że prowizje od obrotu sprzedaży wypłacane są po osiągnięciu (przekroczeniu) pewnego poziomu sprzedaży. Wykonawcy na etapie ubiegania się o zamówienie nie znają tras i terminów przelotów a jedynie kwotę maksymalną jaką Zamawiający przewidział na zakup biletów, przy czym kwota ta jest kwotą przewidywaną, co oznacza, że może zostać nie wykorzystana w pełni. Wykonawcy nie wiedząc, gdzie Zamawiający będzie podróżował, nie może powoływać się na zyski z prowizji od przewoźników od obrotu sprzedaży, bo mogą się okazać, że przewoźnik, z którym wykonawca ma zawarte umowy na dodatkowe prowizje od sprzedanych biletów nie wykonuje lotów na trasach, które Zamawiający ma zamiar odbyć. Powyższe znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie KIO, gdzie wskazuje się, że *cena za realizację usługi powinna uwzględniać wszystkie koszty związane z wykonaniem*

zamówienia, a ewentualna przyszła prowizja powinna stanowić dodatkowy dochód wykonawcy, nie może zaś wpływać na obniżenie ceny (tak KIO w wyroku z 17 sierpnia 2012r., KIO 1649/12).

Jednocześnie Odwołujący zaferował zbliżony poziom i zakres wykonania zamawianej usługi co Konsorcjum. Z uwagi na powyższe przy założeniu, że Odwołujący i Konsorcjum mają zbliżone koszty operacyjne (w tym koszty osobowe personelu oraz koszty biurowe, koszty nabycia materiałów dla wykonania zamówienia, koszty logistyczne, koszty

15

księgowości czy koszty marketingowe i reklamowe), które są głównie warunkowane kosztami osobowymi oraz kosztami zewnętrznymi niezależnymi od wykonawcy, jak najbardziej porównywalnych, a w przypadku Odwołującego w zakresie kosztów osobowych z uwagi na skalę działalności nawet mniejszych, nie ma żadnych realnych możliwości, aby cena zaferowana przez Konsorcjum pozwalała na pokrycie jakichkolwiek kosztów realizacji zamówienia, nie mówiąc o jego rzetelnej realizacji.

Wobec powyższego, zarzut zaferowania przez Konsorcjum ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia jest uzasadniony, co stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego art. 89 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum.

Odwołujący podkreśla również znaczenie postanowienia pkt 12 ppkt 6 SIWZ, w świetle którego *Ceny brutto opłat transakcyjnych muszą być cenami realnymi, odzwierciedlającymi rzeczywiste koszty związane z realizacją zamówienia*. Równie istotne znaczenie ma postanowienie pkt 12 ppkt 8 SIWZ, w świetle którego *Obliczając ceny brutto opłat transakcyjnych należy uwzględnić wymagania i zapisy ujęte w niniejszej SIWZ i jej załącznikach, doświadczenie zawodowe wykonawcy, jak i wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia [w tym, koszt rezerwacji, wystawiania, sprzedaży i dostarczania biletów, zgodnie z podanymi przez zamawiającego wytycznymi, (z wyłączeniem kosztu biletu wynikającego z taryfy przewoźnika), kontroli włączania do programów lojalnościowych i monitorowania przebiegu realizacji zamówienia, a także koszt udziału wykonawcy w ewentualnych postępowaniach odwoławczych i reklamacyjnych z liniami lotniczymi, a w przypadku deklaracji utworzenia platformy internetowej - koszt tej platformy], przy zastosowaniu aktualnie obowiązujących stawek podatku od towarów i usług VAT*.

Cytowane postanowienia SIWZ wprost wskazują, że wymaganiem Zamawiającego było, ażeby opłata transakcyjna w przypadku każdego ze środków transportu oraz każdego z rodzajów podróży odzwierciedlała rzeczywisty koszt realizacji danej usługi. Nie ulega zatem jakiegokolwiek wątpliwości - co zostało wykazane powyżej - że cena (opłata transakcyjna) za usługę obejmującą cały szereg czynności wskazanych wprost w SIWZ, a przytoczonych powyżej, w wysokości 0,01 zł brutto (tj. jeden grosz brutto) w sposób oczywisty nie może pokryć wszystkich kosztów związanych z czynnościami składającymi się na jej wykonanie. Podkreślenia przy tym wymaga, że cytowane postanowienia SIWZ wymagają wskazania realnej kwoty pokrywającej koszty wykonaniu usługi, abstrahując od jakichkolwiek, innych źródeł przychodu / zysku wykonawcy (a w tym m. in. dodatkowych benefitów otrzymywanych od przewoźników).

Przedstawione zaś przez Konsorcjum wyjaśnienia wprost potwierdzają, że cena w wysokości 0,01 zł brutto nie pokrywa całości kosztów wykonawcy, lecz koszty te będą pokrywane

16

właśnie z dodatkowych benefitów otrzymywanych od przewoźników (z tego źródła pochodzić ma ponadto zysk Konsorcjum). W konsekwencji, opłaty ponoszone przez Zamawiającego będą pokrywały koszty wystawienia biletu (oraz usługi dodatkowe, jak rezerwacja czy obsługa postępowania reklamacyjnego) jedynie w niewielkiej części, co potwierdza samo Konsorcjum w treści wyjaśnień. Powyższe potwierdza zatem, że kalkulując i oferując wysokość opłaty transakcyjnej (ceny) na poziomie 0,01 zł brutto w odniesieniu do każdego z rodzajów przewozów oraz każdego z rodzajów podróży, Konsorcjum nie uwzględniło rzeczywistych kosztów wykonawcy wskazanych wprost w pkt 12 ppkt 6 i 8 SIWZ, których uwzględnienie było wymagane przez Zamawiającego.

Wobec powyższego, zarzut nie uwzględnienia przez Konsorcjum wskazanych w pkt 12 ppkt 6 i 8 SIWZ kosztów składających się na wykonanie usługi objętej przedmiotem zamówienia,

jest uzasadniony, co stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego art. 89 ust. 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum.

Wskazane powyżej okoliczności potwierdzają również, iż złożenie przez Konsorcjum oferty z zaferowaniem ceny (opłaty transakcyjnej) w wysokości 0,01 zł stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z powołanym przepisem, 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. Złożenie przedmiotowej oferty przez Konsorcjum zostało zaś dokonane z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji w stosunku do innych uczestników obrotu, w tym w stosunku do Odwołującego, naruszając i zagrażając ich interesom, w tym majątkowym (finansowym). W orzecznictwie KIO podkreśla się zaś, że zaniżanie cen przez jednego wykonawcę, może prowadzić do eliminacji z rynku innych wykonawców, co jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, o czym mowa w art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tak KIO w wyroki z 21 lutego 2012r., KIO 297/12). W orzecznictwie sądów powszechnych zaś wprost wskazuje się, że *dla ustalenia, że działania wypełniają znamiona deliktu opisanego w art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503), nie trzeba wykazywać naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta, wystarczy ustalenie, że taka działalność owemu interesowi zagraża (tak Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 5 października 2006r., I ACa 1103/06). Jak zaś wskazała KIO w wyroku z 17 sierpnia 2012r. (KIO 1649/12), wydanym w zbliżonym stanie faktycznym dotyczącym tzw. cen groszowych, *Istotną z punktu widzenia prawa konkurencji, przesądzającą o naganności postępowania przystępującego, jest w niniejszej sprawie**

17

okoliczność, iż przystępujący wycenił przedmiot zamówienia na kwotę niższą niż koszt świadczenia usługi. Bez wątplenia, w niniejszej sprawie zaburzona została ekwiwalentność świadczeń, o której mowa w art. 487§2 kc, a która znajduje zastosowanie przez art. 14 ustawy Pzp również do umów o zamówienie publiczne. Działanie takie zagrażało interesom innych wykonawców, bowiem inni przedsiębiorcy, którzy wycenili przedmiot zamówienia na kwoty rzeczywiste, wynikające z wartości świadczenia, znaleźli się w znacznie gorszej sytuacji podczas oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu. Działania przystępującego utrudniały pozostałym wykonawcom dostęp do rynku, mimo tego, że zaferowali oni realne ceny mając jednak na uwadze konkurowanie o przedmiotowe zamówienie. Zaferowanie zatem przez Konsorcjum ceny w wysokości 0,01 zł za wystawienie pojedynczego biletu jest oferowaniem tejże usługi poniżej kosztów jej wytworzenia (w tym kosztów własnych) co zostało wykazane powyżej, a zatem stanowi o wyczerpaniu przesłanek z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wobec powyższego, zarzut popełnienia przez Konsorcjum czynu nieuczciwej konkurencji o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest uzasadniony, co stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego art. 89 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum.

III.

Nieprawidłowa ocena wyjaśnień Konsorcjum co do rażąco niskiej ceny.

Niezależnie od faktu, czy powyżej przedstawiona argumentacja potwierdza, że oferta złożona przez Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę, powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy, gdyż Konsorcjum wezwane do złożenia wyjaśnień zrobiło to w sposób niewystarczający do oceny, czy zaferowana cena jest rażąco niska. W tym miejscu należy wskazać Zamawiającemu, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO, wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy ustanawia domniemanie prawne zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, a na wykonawcy ciąży obowiązek udzielenia wyjaśnień mających na celu obalenie tego domniemanie. Oferta wykonawcy, który złożył niewystarczające wyjaśnienia powinna podlegać odrzuceniu w związku z nie obaleniem wskazanego wyżej domniemanie prawnego. Ponadto nie jest wystarczające złożenie przez wykonawcę jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia te powinny zawierać

podanie obiektywnych, weryfikowalnych oraz konkretnych powodów, uzasadniających zastosowanie niskiej ceny. **Wyjaśnienia mają zatem mieć charakter materialny, a nie**

18

formalny w postaci złożenia jakichkolwiek wyjaśnień. Konsorcjum powinno wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie.

Przedstawione wyjaśnienia powinny być również poparte stosownymi dowodami. Same wyjaśnienia mają bowiem, jako oświadczenia pochodzące od podmiotu zainteresowanego rozstrzygnięciem postępowania, zawsze charakter subiektywny. Biorąc pod uwagę zaproponowaną cenę przez Konsorcjum należy stwierdzić, że złożone wyjaśnienia są niewystarczające do uznania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia bierze pod uwagę obiektywne czynniki wymienione w art. 90 ust. 2 ustawy takie jak oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej na podstawie odrębnych przepisów. Skoro zatem Konsorcjum nie przedstawiło obiektywnych dowodów bądź zindywidualizowanych i zobiektywizowanych przyczyn wysokości zaoferowanej ceny, opierając się jedynie na subiektywnych informacjach o ogólnym charakterze, to jego wyjaśnienia nie mogą zatem stanowić uzasadnienia wysokości całości oferty wykonawcy, a jego oferta powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego.

Przedstawione przez Konsorcjum wyjaśnienia podlegają zgodnie z art. 90 ust.2 ustawy ocenie Zamawiającego i jako takie winny być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też jest rażąco niska. Tym samym nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej co znalazło potwierdzenie m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007r., sygn. akt V Ca 2214/06. Złożone wyjaśnienia muszą być wyczerpujące, skonkretyzowane do sytuacji wykonawcy, muszą odnosić się do elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wielkość zawartej w ofercie ceny. Cena zawsze jest pochodną przynajmniej kilku kosztów, które się na nią składają. Stąd wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen. W złożonych wyjaśnieniach Konsorcjum szeroko rozważa i eksploatuje twierdzenia, jakoby pozyskanie dodatkowych benefitów od linii lotniczych (tzw. commissions i budżet marketingowy) oraz prowizji od biletów kolejowych i autokarowych powodowały dla Konsorcjum uzyskanie przychodu

19

pozwalającego na zaoferowanie ceny 0,01 zł brutto z tytułu opłaty transakcyjnej za wystawienie jednego biletu. Jak zaś wykazano w uzasadnieniu zarzutu powyżej (zaoferowanie ceny rażąco niskiej), powyższy aspekt pozostaje bez znaczenia dla oceny czy cena zaoferowana przez Konsorcjum jest ceną rynkową, czy też nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Z tego powodu szeroki wywód Konsorcjum w tym zakresie nie powinien być brany pod rozwagę przy ocenie wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum w zakresie ceny rażąco niskiej.

Konsorcjum nie wykazało innych elementów dających Konsorcjum przewagę w uzyskaniu zamówienia, gdyż wskazanie, że zysk będzie również uzyskiwany z prowizji od przewoźników nie daje podstaw do uznania wyjaśnień za wystarczające, ponieważ inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu również korzystają z prowizji od przewoźników lotniczych. Powoływane zaś doświadczenie i umiejętności kadry Konsorcjum potwierdzone certyfikatami nie są zaś okolicznością obiektywną, jako że przedmiotowa certyfikacja dotyczy certyfikatów IATA - tj. certyfikatów, których posiadanie jest przez Zamawiającego wymagane wobec wykonawców. Dalej, powoływanie się na niższe koszty prace nie zostało poparte dowodami, lecz pozostaje gołosłownym twierdzeniem Konsorcjum. Zauważyć bowiem

należy, że uczestnik Konsorcjum - Why Not USA - posiada 7 oddziałów w całym kraju, w tym w Krakowie, Łodzi i w Warszawie, a zatem w ośrodkach miejskich o wysokim poziomie płaconym. Powoływanie się zatem przez Konsorcjum na siedzibę rejestrową zlokalizowaną w województwie Podkarpackim pozostaje bez znaczenia dla oceny wyjaśnień Konsorcjum. (Dowód: - informacja odpowiadająca odpisowi z KRS dla Why Not USA) Podobnie zaś pozostałe okoliczności powołane przez Konsorcjum (posiadanie autorskiego dedykowanego call center, linia telefoniczna 24/7, dostępność narzędzi pracy poza godzinami pracy biura, rozbudowana sieć teleinformatyczna, ugruntowana pozycja na rynku sprzedaży biletów) nie zostały poparte dowodami, lecz pozostają gołosłownymi twierdzeniami Konsorcjum. Co więcej, okoliczności te nie są obiektywnymi okolicznościami wykazującymi istnienie korzystnych uwarunkowań cenotwórczych po stronie Konsorcjum, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy. Wszystkie powołane aspekty są również standardem rynkowym, oferowanym również przez konkurencyjne wobec Konsorcjum podmioty. Tego rodzaju udogodnienia są w szczególności standardem dla agentów IATA. Podkreślenia również wymaga, że posiadanie platformy elektronicznej było punktowane w ramach kryteriów poza cenowych, jego posiadanie nie może zatem stanowić okoliczności powoływanej w ramach wyjaśnień składanych co do ceny rażąco niskiej. Co więcej, z wiedzy Odwołującego wynika, że Konsorcjum nie posiada własnej platformy / systemu, lecz korzysta z systemu obcego (na podstawie umowy licencyjnej), co wskazuje, że koszty ponoszone przez Konsorcjum z tytułu

20

korzystania z systemu (opłaty licencyjne) są wyższe, niż w przypadku Odwołującego posiadającego własny, autorski system.

Podsumowując, należy stwierdzić, iż przy cenie 0,01 zł brutto zaoferowanej w ofercie złożonej przez Konsorcjum z tytułu pojedynczej opłaty transakcyjnej, nie sposób wykazać, że cena zawarta w ofercie nie jest rażąco niska, a złożone wyjaśnienia nie zawierają obiektywnych i weryfikowalnych przyczyn takiej, a nie innej kalkulacji ceny, a ponadto ich treść potwierdza, że kalkulacja ceny była nierzetelna.

W tych okolicznościach. Zamawiający był zobowiązany odrzucić ofertę złożoną przez Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz art. 90 ust. 3 ustawy.

IV.

Naruszenie zasady uczciwej konkurencji i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy; zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów.

W postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego poza ofertą złożoną przez Odwołującego, wpłynęła jeszcze jedna oferta - złożona przez konsorcjum wykonawców w składzie: Why Not USA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, Why Not Fly spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz WhyNotTravel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Jako najkorzystniejsza została zaś wybrana oferta złożona przez konsorcjum wykonawców w składzie: Why Not USA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Zauważyć mianowicie należy, że na stronach (zgodnie z numeracją składającego ofertę) nr: 1 (strona tytułowa), 3 (ostatnia strona formularza ofertowego), 5, 6, 10, 11 - 50, 56 - 68, 71 - 81 omawianej oferty zamieszczona została pieczęć firmowa spółki pod firmą: WhyNotTravel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, informująca o firmie tejże spółki, jej formie prawnej, siedzibie, adresie oraz ujawniająca dane tele - dane tejże spółki (telefon oraz fax). Z powyższego, dokonując wykładni oświadczenia woli w postaci złożenia oferty w postępowaniu, wykladać należy, że wolą składającego ofertę było, ażeby oferta została złożona przez konsorcjum w wskazanym powyżej składzie, liczącym trzy podmioty, nie zaś jedynie przez Konsorcjum. Wymaga jednoznacznego podkreślenia, że w postępowaniu brak było oferty, która byłaby złożona przez Konsorcjum, czyli konsorcjum wykonawców w składzie: Why Not USA oraz Why Not Fly. O powyższym świadczy treść formularza ofertowego oferty wraz z załącznikami. Nie ulega więc wątpliwości, że w postępowaniu nie została zatem złożona oferta przez Konsorcjum, lecz jedynie przez konsorcjum składające się z trzech podmiotów. Podkreślić przy tym wymaga, że błędne oraz sprzeczne z zasadami doświadczenia

21

życiowego oraz logicznego rozumowania są wyjaśnienia złożonego przez Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w ww. zakresie. Mianowicie Konsorcjum wyjaśnia (str. 2 wyjaśnień z dnia 8 sierpnia 2015r.), że *Przystawienie dodatkowo pieczęci WHY NOT TRAVEL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na niektórych dokumentach jest jedynie wyrazem polityki firmy, która jest w trakcie rebrandingu z Why Not USA na Why Not Travel.* Powyższe wyjaśnienia pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym.

Rebranding jest to mianowicie *proces gospodarczy, który odznacza się: zmianą nazwy firmy lub produktu, image 'u, lub logo* (definicja za [wirtualnedia.pl](http://www.wirtualnedia.pl):

<http://www.wirtualnedia.pl/slownik/rebranding> , data dostępu: 26.08.2015r.; Dowód: - wydruk ze strony <http://www.wirtualnedia.pl/slownik/rebranding> , data dostępu: 26.08.2015r.).

Why Not USA oraz WhyNotTravel sp. z o.o. są zaś dwoma odrębnymi, samodzielnymi podmiotami prawa zorganizowanymi w formie spółek handlowych. Są one odrębnie wpisane do rejestru przedsiębiorców KRS, posiadają odmienny numery NIP oraz REGON (Dowód: - informacja odpowiadająca odpisowi z KRS dla Why Not USA; informacja odpowiadająca odpisowi z KRS dla WhyNotTravel sp. z o.o.). W konsekwencji nie jest możliwe prowadzenie procesu rebrandingu z Why Not USA na Why Not Travel, jako że nie jest dopuszczalnym zgodnie z obowiązującym prawem, ażeby na rynku istniały dwa podmioty o tożsamej firmie (nazwie).

Jednocześnie żaden przepis nie uprawnia oferentów do korygowania lub uzupełniania ofert przez dokonywanie zmian podmiotowych po stronie oferenta. Zmiana podmiotu składającego ofertę (w tym rozszerzenie na inny podmiot np. zainteresowany wspólnym ubieganiem się o udzielenie zamówienia lub ograniczeniem kręgu uczestników konsorcjum) - stanowiłaby bowiem nową pochodzącą ofertę od innego podmiotu. W treści zaś zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający wskazał, że jako najkorzystniejsza została uznana oferta złożona przez Konsorcjum, tj. Why Not USA oraz Why Not Fly. Ponieważ Konsorcjum nie złożyło oferty na wykonanie zamówienia, oferta Konsorcjum nie mogła być wybrana jako najkorzystniejsza. W konsekwencji, uzasadnione jest twierdzenie, że Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy. Wylimitowanie uchybień Zamawiającego wymaga zatem ubezpieczeniowania udzielenia zamówienia Konsorcjum.

Uznając zaś, że omawiana oferta została złożona przez konsorcjum składające się z trzech podmiotów, to w takim wypadku należy uznać, że przedmiotowe konsorcjum nie dopełniło obowiązków dokumentacyjnych w stosunku do uczestnika konsorcjum WhyNotTravel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, co winno skutkować wezwaniem konsorcjum do

22

uzupełnienia dokumentów w postaci dokumentów podmiotowych dotyczących WhyNotTravel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Na marginesie zauważyć należy, że stawianie zarzutów nr 1 - 3 odwołania, a dotyczących Konsorcjum (tj. dwóch podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) nie stoi w sprzeczności z postawieniem niniejszego zarzutu. Zarzut niniejszy jest bowiem stawiany z ostrożności procesowej, na wypadek nie podzielenia przez Izbę zarzutów nr 1 - 3 mniejszego odwołania.

Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy w ten sposób, że nie zapewnił zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Świadczy o tym naruszenie przez Zamawiającego szeregu przepisów prawa, powołanych i uzasadnionych w niniejszym odwołaniu. Ponadto, zarzut ten uzasadnia bezpodstawne zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum oraz zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, zaś bezpodstawnego zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

V. Naruszenie innych przepisów.

Wskazane w niniejszym Odwołaniu zaniechania Zamawiającego prowadzą do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 i 8 ustawy. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wymienionych przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę polegającą na nieuzyskaniu zamówienia. W przypadku gdyby Zamawiający działał zgodnie z zasadami udzielania zamówień publicznych, oferta złożona przez Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym

postępowaniu. Jednocześnie brak wniesienia odwołania w terminach określonych w art. 182 ustawy skutkuje niemożnością podnoszenia zastrzeżeń zgłaszanych w niniejszym Odwołaniu na późniejszym etapie prowadzonego postępowania. Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu uzyskanie niniejszego zamówienia, poprzez rażące naruszenie ustawy, uchylając jednocześnie zasadzie równego traktowania wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie oraz przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Wobec powyższego Odwołujący podnosi zarzut naruszenie przez Zamawiającego nie tylko przepisów ustawy wskazanych wprost w *petitum* niniejszego odwołania, ale również przepisów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, jak również z niego wynikających.

23

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem wniesionego w dniu 28 sierpnia 2015 roku odwołania a także Izba ustaliła, że została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Why Not FLY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie. Zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 3 września 2015 roku, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu z ich udziałem Stron.

Jednakże do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego nie zostało załączone pełnomocnictwo. Dokument, który został załączony do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego stanowił kopię pełnomocnictwa, która nie została podpisana ponownie przez mocodawcę natomiast dokument był podpisany przez osobę umocowaną na tegoż dokumentu. Nie sposób w takim przypadku przyjąć, że do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego załączone zostało pełnomocnictwo. Z przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku (Dz. U. 2014 poz. 964 j.t.) wynika, że brak dokumentu pełnomocnictwa podlega uzupełnieniu jedynie w zakresie odwołania (§ 9). Należy zauważyć, że w odróżnieniu od odwołania, przystąpienie nie podlega uzupełnieniu (podobnie: w wyroku KIO z dnia 08.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1286/14, wyroku KIO z dnia 15.04.2014 r., sygn. akt: KIO 518/14, wyroku KIO z dnia 10.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2716/13, postanowienie z dnia 05.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2703, czy też wyroku KIO z dnia 08.11.2013 r., sygn. akt: KIO 2525/13; wyrok KIO z dnia 14.05.2015 sygn. akt KIO 822/15). Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w rozpoznawanej

24

sprawie zostało złożone w formie pisemnej, zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy. Na moment zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego z dokumentów nie wynikało umocowanie do działania w imieniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego.

Brak możliwości uzupełnienia pełnomocnictwa w przypadku zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego na podstawie obowiązujących przepisów nie uprawnia wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego do skutecznego uzupełnienia pełnomocnictwa na posiedzeniu z udziałem stron (bądź rozprawie). Wskazać należy, że nie zawsze dochodzi do wyznaczenia posiedzenia z udziałem stron postępowania

(bądź rozprawy), bowiem mogło nastąpić np.: uwzględnienie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego albo mogły zaistnieć przesłanki ustawowe do odrzucenia odwołania i w takim przypadku, z powodu braku załączonego prawidłowego pełnomocnictwa zgłaszający przystąpienie nie staje się uczestnikiem postępowania odwoławczego a postępowanie podlega umorzeniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki *ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- dowód nr 1 – opracowanie własne (2 karty) „Tabela cenowa – wyliczenie rentowności – nowy przetarg UJ i Collegium Medicum,
- dowód nr 2 – raport z rezerwacji dokonywanych przez odwołującego,
- dowód nr 3 – (tajemnica przedsiębiorstwa), umowy zawarte (w języku polskim) przez Odwołującego z partnerami handlowymi.

25

Izba dopuściła dowód (dowód nr 4) złożony przez Zamawiającego - zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z czterech postępowań o udzielenie zamówienie.

Zamawiający złożył pismo z dnia 9 września 2015 roku Odpowiedź na odwołanie. Zamawiający na posiedzeniu z udziałem Stron, złożył oświadczenie, a co do oświadczenia złożył je w ww. piśmie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy – tj. zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Why Not FLY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie z postępowania mimo niewniesienia w sposób należyty wadium do upływu terminu składania ofert.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważyła:

I.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2) – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie terminu związania ofertą z zw. z art. 45 ust. 1-8 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Why Not USA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa oraz Why Not Fly spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej „Konsorcjum”), mimo niewniesienia przez tego wykonawcę w sposób należyty wadium do upływu terminu składania ofert – Izba uznała zarzut za zasadny.*

Izba ustaliła, że ofertę w postępowaniu złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Why Not FLY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie. Wykonawcy przedstawili Gwarancję przetargową na 20064KTG15 z dnia 22 lipca 2015 roku w której stwierdzono: *Niniejsza gwarancja (dalej zwana „Gwarancją”) została wystawiona*

z siedzibą w Rzeszowie, ul. Sokoła 4A, 35-010 Rzeszów, w celu zagwarantowania prawidłowego wykonania przez Wykonawcę jego zobowiązań wynikających z warunków ogłoszonego przez Państwa przetargu w oparciu o Ustawę z dnia 29 stycznia 2004 roku „Prawo zamówień publicznych” (dalej zwaną „Ustawą”), z terminem otwarcia w dniu 29 lipca 2015 roku, którego przedmiotem jest: Obsługa przejazdów w zagranicznych podróżach służbowych pracowników, studentów, doktorantów Uniwersytetu Jagiellońskiego Collegium Medicum i Uniwersytetu oraz gości i zleceniobiorców – znak Jagiellońskiego sprawy: 80.272.70.2015” (dalej zwanych: Warunkami Przetargu).” Wystawcą gwarancji jest mBank Spółka Akcyjna Oddział Korporacyjny Rzeszów z siedzibą w Rzeszowie.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1376, z późn. zm) gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku.

Gwarancja wadialna oznacza podjęcie przez gwaranta (bank, ubezpieczyciela) na zlecenie wykonawcy przystępującego do przetargu zobowiązania na rzecz Zamawiającego jako beneficjenta, w przypadku naruszenia przez wykonawcę zobowiązań wynikających z przystąpienia do przetargu, dokonania na rzecz beneficjenta zapłaty w granicach określonej sumy pieniężnej. Celem gwarancji wadialnej jest zatem ochrona interesów Zamawiającego na wypadek niedopełnienia przez wykonawcę obowiązków związanych z udziałem w postępowaniu przetargowym. Kluczowe znaczenie ma abstrakcyjny i samoistny charakter zobowiązania gwaranta, czyli jego niezależność od istnienia, zakresu i ważności innego zobowiązania, w tym będącego przedmiotem zabezpieczenia zobowiązania podstawowego wykonawcy względem Zamawiającego. Oznacza to, że co do zasady wyłączona jest możliwość podnoszenia przez gwaranta zarzutów zarówno ze stosunku podstawowego, jak i stosunku zlecenia gwarancji. Zakres zarzutów przysługujących gwarantowi ograniczony jest zasadniczo do ważności i istnienia stosunku prawnego gwarancji oraz zarzutów z treści gwarancji. Te ostatnie polegają na powołaniu się przez gwaranta na niespełnieniu przesłanek zapłaty określonych w gwarancji (liście gwarancyjnym). W rezultacie o zakresie odpowiedzialności gwaranta i uprawnieniach beneficjenta decyduje wyłącznie treść listu gwarancyjnego, która powinna formułowana w sposób precyzyjny i jasny, a następnie interpretowana w sposób ścisły. Jak to wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 7

stycznia 1997 r. (sygn. akt I CKN 37/96, opubl. OSP 1997, Nr 5, poz. 97): (...) *istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza, że wyłączenie rozstrzygającymi o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjenta gwarancji. Z uwagi na szeroki zakres ponoszonej odpowiedzialności gwarant przed akceptacją gwarancji, w celu oszacowania ryzyka z tym związanego, weryfikuje szczegółowo kondycję ekonomiczną oraz zdolność do wykonania kontraktu wykonawcy, którego udział w przetargu ma być zabezpieczony. Z kolei wynik tego badania przesądza o akceptacji gwarancji, a także o wysokości wynagrodzenia, jakie z tego tytułu pobierze gwarant. Stąd gwarant w treści listu gwarancyjnego precyzyjnie określa za jakie działania lub zaniechania jakiego podmiotu odpowiada. W ten sposób w treści gwarancji znajduje odzwierciedlenie zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy zakres odpowiedzialności gwaranta.*

Uwzględniając powyższe nie istnieją podstawy aby w rozpoznawanej sprawie twierdzić, że zakres podmiotowy ww. gwarancji bankowej obejmował obu wykonawców wchodzących w skład „Konsorcjum”, skoro na wstępie gwarant wskazał wykonawcę na zlecenie którego gwarancja została wystawiona, precyzyjnie to definiując przez podanie pełnej firmy, siedziby,

adresu oraz podając, że gwarancja została wystawiona w celu zagwarantowania prawidłowego wykonania przez Wykonawcę jego zobowiązań wynikających z warunków przetargu. Z uwagi na charakter prawny zobowiązania gwaranta nieuprawnione jest reinterpretowanie zdefiniowanego na wstępie rozważanej gwarancji rozumienia wykonawcy (w tym przypadku jako Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie) przez pryzmat art. 23 ustawy. Oznaczałoby, że abstrakcyjne i samoistne zobowiązanie gwaranta dotyczące oznaczonego wykonawcy, niejako z mocy ustawy obejmuje również wszelkich innych wykonawców, z którymi zdecyduje się on wspólnie złożyć ofertę. Niezależnie zatem od wiedzy gwaranta i jego woli uzewnętrznionej w liście gwarancyjnym, zakres podmiotowy udzielonej gwarancji byłby w istocie niedookreślony i nieograniczony. Podkreślić należy, że ustawa reguluje stosunki prawne pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli reguluje wzajemne uprawnienia i obowiązki stron przetargowego stosunku podstawowego. Art. 23 ustawy został zamieszczony w rozdziale ustawy zatytułowanym „Zamawiający i wykonawcy”. Z art. 23 ustawy wynika, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia (ust. 1), a wtedy stosuje się do nich odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy (ust. 3). Dzięki takiemu odpowiedniemu stosowaniu przepisów Zamawiający jest uprawniony

28

do zatrzymania wadium w każdej z sytuacji opisanych w art. 46 ust. 4a i 5 pkt 1-3 ustawy, bez wnikania, który spośród wykonawców występujących wspólnie spowodował jej zaistnienie. Jednakże powoływanie się przez Zamawiającego na okoliczności dotyczące jego relacji z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia nie będzie skuteczne względem gwaranta. W przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji znaczenie ma wyłącznie stosunek pomiędzy gwarantem a Zamawiającym jako beneficjentem, którego treść wynika z listu gwarancyjnego. Jeżeli zakres podmiotowy udzielonej gwarancji obejmuje tylko jednego spośród wykonawców wspólnie składających ofertę, Zamawiający nie może być pewny, czy gwarant nie odmówi wypłaty wadium, jeżeli zaistnienie przesłanek zatrzymania wadium związane było z okolicznościami dotyczącymi innego wykonawcy niż podmiot oznaczony w liście gwarancyjnym. Innymi słowy, jeżeli odmowa podpisania lub niemożność zawarcia umowy, niewniesienie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, nieuzupełnienie wymaganych dokumentów lub niewyrażenie zgody na poprawienie omyłki wynikły z przyczyn dotyczących wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia z wykonawcą wymienionym w liście gwarancyjnym, gwarant może uznać, że wykracza to poza zakres zobowiązań, które na siebie przyjął względem beneficjenta. W konsekwencji należy przyjąć, że gdyby gwarant zdecydowałby się wziąć odpowiedzialność również za działania i zaniechania ewentualnych i nieznanym sobie „konsorcjantów” wykonawcy zlecającego udzielenie gwarancji, musiałoby to znaleźć odzwierciedlenie w treści listu gwarancyjnego np. przez wskazanie, że przez wykonawcę należy rozumieć nie tylko oznaczonego wykonawcę, ale i wszystkich wykonawców, z którymi zdecyduje się on złożyć ofertę.

Powyższe stanowisko Izby nie jest odosobnione i już w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 24 marca 2005 roku (sygn. akt: III Ca 39/05) czytamy: "Zgodnie z art. 23 ust.1 PZP wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia i tak było też w niniejszym postępowaniu, w którym uczestniczyło Konsorcjum składające się z firm (...), którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Ze względu na treść ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej nr WR/GP/11/71/2004 z dnia 6.10.2004 r. udzielonej jedynie oferentowi W... we Wrocławiu nie sposób uznać, że jest to prawidłowe wadium dotyczące oferty złożonej przez Konsorcjum. Z treści tego dokumentu wynika bowiem, że jest to wadium udzielone wyłącznie W... S.A. jako oferentowi a nie Konsorcjum. Dlatego uznać należało, że Konsorcjum nie wniosło wadium." Również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 stycznia 2015 roku (sygn. akt KIO 2694/15) wskazała: *Wniesienie wadium należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy*

29

bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę. W świetle przedstawionej powyżej

argumentacji stwierdzić należy, że w przypadku objęcia gwarancją bankową tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gwarant będzie miał możliwość uchylecia się od zapłaty sumy gwarancyjnej, w sytuacji, gdy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po stronie drugiego z wykonawców (wyroki KIO: z dnia 20 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1408/10 oraz z dnia 15 września 2014 r., sygn. akt KIO 1785/14). Prezentowane stanowisko znajduje również odzwierciedlenie w orzeczeniu Sądu Okręgowego w Warszawie z września bieżącego roku. Natomiast wskazywane przez Zamawiającego orzeczenie Sądu Okręgowego w Słupsku nie odnosi się do kluczowej dla rozpoznania tej sprawy kwestii.

II i III.

W zakresie zarzutu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 2, 3 i 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Why Not FLY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie pomimo, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zaś zaoferowana opłata (cena) transakcyjna za wystawienie pojedynczego biletu w kwocie 0,01 zł brutto nie uwzględnia wskazanych w pkt 12 ppkt 6 i 8 siwz kosztów składających się na wykonanie tej usługi, oraz naruszenie przepisu art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy przez nieprawidłową ocenę złożonych przez wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Why Not FLY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie wyjaśnień i uznanie, że dostarczone wyjaśnienia i dowody potwierdzają, że oferta złożona przez wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Why Not FLY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie nie zawiera rażąco niskiej ceny pomimo, że złożone wyjaśnienia i dowody potwierdzają, iż cena zaoferowana przez wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Why Not FLY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie w ofercie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia – Izba uznała za niezasadny.

30

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3* natomiast w art. 89 ust. 1 pkt 3 czytamy: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.* Zgodnie z ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku nr 153 poz. 1503 ze zm.) w art. 15 ust. 1 pkt 1 – *Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.*

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

W art. 90 ust. 1 do 3 ustawy czytamy:

1. *Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

1) *oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia*

ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

31

W art. 7 ustawodawca wskazał:

1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

2. z oraz postępowania Czynności związane przygotowaniem przeprowadzeniem o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Izba ustaliła, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Why Not FLY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 sierpnia 2015 roku złożyli wyjaśnienia w zakresie złożonej zaoficerowanej ceny brutto za opłaty transakcyjne w zakresie części I i części II przedmiotu zamówienia.

Znamiennym dla rozpoznania tej sprawy jest fakt, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Why Not FLY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie składając wyjaśnienie w wyżej opisanym zakresie fragment złożonych wyjaśnień objęli tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący nie kwestionował objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa fragmentu wyjaśnień jak również załączników do wyjaśnień.

Izba wskazuje również, że Odwołujący w przedstawionej w uzasadnieniu odwołania argumentacji posługiwał się brzmieniem przepisów obecnie nieobowiązujących (art. 90 ustawy).

W tym miejscu należy wskazać, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoficerowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 90 ustawy. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoficerowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przestanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoficerowanej ceny a dowodzące możliwości zaoficerowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy –

32

informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Wykonawca również przedstawia dowody, które potwierdzają realność zaoficerowanej w postępowaniu ceny oferty.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 893/14) wskazano: "Iż kwestia, czy w danej ofercie mamy do czynienia z ceną rażąco niską, czy też nie, powinna być rozstrzygnięta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które stosownie do art. 15 ust. 1 ustawy pzp prowadzone jest przez zamawiającego. Jednocześnie warunkiem koniecznym jest dokonanie przez zamawiającego prawidłowej oceny wyjaśnień wykonawcy w toku prowadzonej procedury, o której mowa w art. 90 ustawy pzp." Natomiast w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), wydanym w wyniku skargi na ww. wyrok Izby, podkreślono znaczenie staranności

wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest. Powyższe tezy dotyczące wymaganej zawartości i "jakości" wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. W obecnym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując w art. 90 ust. 2, że to wykonawca powinien udowodnić Zamawiającemu, iż jego cena nie jest rażąco niska, i udowodnić to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażona w powoływanym wyżej orzecznictwie teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi w przypadku uznania, iż są to wyjaśnienia niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Na marginesie można jeszcze dodać, iż trudno generalnie dekretować optymalny i powiny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. W szczególności w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Nie można więc z góry przesądzić czy w danym przypadku konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające było tylko podanie i powołanie określonych informacji. Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Informacje podawane w wyjaśnieniach

33

powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

W wyjaśnieniach wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Why Not FLY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie wskazali w części jawnej tych wyjaśnień, że wycena oferty została dokonana skrupulatnie w oparciu o możliwości, zaplecze techniczne i osobowe oraz wieloletnie doświadczenie każdego z wykonawców wchodzących w skład „Konsorcjum”. Wykonawca wskazywał na to, że oferowana cena opłaty transakcyjnej 0,01 zł brutto stanowi cenę rynkową odwołując się do innych prowadzonych postępowań w podobnym przedmiocie zamówienia na okoliczność czego wskazał konkretne zamówienia, podane w wyjaśnieniach. Zamawiający również, za pomocą złożonych zawiadomień o wynikach postępowania, dowodził, że sam Odwołujący w postępowaniach oferował opłatę transakcyjną na poziomie 0,01 zł, co wskazuje na rynkowość takiej opłaty; w części informacji przedstawionych przez Zamawiającego wynika, że oferowana była opłata transakcyjna na poziomie 0,01 zł, jak również wynika, że w różnych postępowaniach przez różnych wykonawców taka opłata była oferowana. To wskazuje na bardzo istotny element kalkulacji ceny oferty a mianowicie na jej indywidualność w stosunku do każdego z wykonawców składających oferty w postępowaniu jak również warunki czy wymagania jakie kształtowane są w postępowaniach a mające niewątpliwie wpływ na końcowy rachunek. W tym miejscu Izba wskazuje na przedstawiony przez Odwołującego dowód nr 1 zawierający zestawienie kosztu realizacji obecnego kontraktu u Zamawiającego, który realizuje, oraz zawierający wyliczenia dotyczące kosztu realizacji przyszłego kontraktu w oparciu o opis przedmiotu, jak również przedstawił wyliczenie realizacji obecnego kontraktu ze wskazaniem realnego przychodu. Dowód ten przedstawia również opłatę rezerwacyjną, jaką wskazali wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Why Not FLY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie w swojej ofercie oraz zawiera symulację straty, jaką poniosą w wyniku ewentualnej realizacji kontraktu. Izba wskazuje, że wyliczenia poczynione przez Odwołującego i przedstawione w ww. dowodzie po pierwsze nie opierają się na wszystkich przekazanych Zamawiającemu danych wynikających z konkretnych okoliczności a które wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Why Not FLY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie wskazali w

wyjaśnieniach zaoferowanej ceny oferty, w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba wskazuje, że w części niedostępnej Odwołującemu wykonawcy wspólnie ubiegający się

34

o udzielenie zamówienia Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Why Not FLY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie potwierdzili, że zaoferowane ceny realizacji części zamówienia I i II nie są cenami nierealistycznymi, niewiarygodnymi i oderwanymi od realiów rynkowych. Z dokumentów przedstawionych wynika, że zaoferowane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Why Not FLY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie w przetargu ceny dla poszczególnych części zapewniają odpowiednie pokrycie kosztów oraz zysk. Wyjaśnienia również w sposób precyzyjny odnoszą się do poszczególnych składowych kosztów związanych z realizacją zamówienia jak również wskazują jakie elementy i w jakim zakresie miały wpływać na oszacowanie ceny, w tym zaoferowanie kwoty 0,01 zł opłaty transakcyjnej. Zaznaczyć również należy, że na poparcie informacji wskazanych w wyjaśnieniach wykonawca załączył dowody. Izba zaznacza również, że w wyliczeniach przedstawionych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Why Not FLY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie został wykazany zysk w realizacji zarówno części I jak i części II. Po drugie wyliczenia poczynione przez Odwołującego w dowodzie nr 1 pośrednio również wskazują na to, że przy kalkulacji własnej ceny opłaty transakcyjnej uwzględnił prowizje, rabaty i inne, które wynikają między innymi z przedstawionych przez niego umów handlowych (dowód nr 3), co wynika ze wskazanych przez Odwołującego kosztów i zaoferowanych opłat transakcyjnych. Po trzecie w dowodzie nr 1 Odwołujący wskazał na wypracowane realne prowizje dla własnej firmy, wskazujące na obecne i realne przychody uzyskiwane obecnie ze wskazaniem na całkowity zysk z kontraktu, który obecnie realizuje. Izba zaznacza, że przedstawiona szacunkowa łączna marża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Why Not FLY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, którą wyliczył Odwołujący stanowi jedynie kalkulację przedstawioną przez Odwołującego i opartą na informacjach jakie wprowadził do owej kalkulacji Odwołujący. Zaznaczyć należy bowiem, że żadne z tych informacji nie zostały przez Odwołującego potwierdzone dowodami, a dowody, które składał w postępowaniu Odwołujący dotyczą realizacji kontraktów przez Odwołującego i odnoszą się do poziomów wszelkich prowizji przynależnych Odwołującemu. Jednocześnie Izba zaznacza, że w dowodzie nr 1 wszystkie wartości prowizji jakie przyjął do kalkulacji w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Why Not FLY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie są niższe od tych przynależnych Odwołującemu. Odwołujący

35

wskazywał na (dowód nr 2) raport z rezerwacji dokonywanych przez Odwołującego w obecnie realizowanym kontrakcie, który przedstawił na okoliczność wykazania statystycznej ilości rezerwacji, z których uzyskiwane są dodatkowe benefity od linii lotniczych; Izba wskazuje, że dowód ten, potwierdza jedynie informacje o obecnie realizowanych połączeniach lotniczych i może stanowić jedynie informacje statystyczne, jak sam wskazywał Odwołujący. Powołanie się przez Odwołującego na ową statystykę i wskazanie, że jedynie od około 1/3 wszystkich wykonanych rezerwacji przysługują prowizje nie dowodzi w ocenie Izby, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Why Not FLY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie nie mogli zaoferować opłaty transakcyjnej na kwestionowanym przez Odwołującego poziomie, bowiem dowód ten nie potwierdza, że realizacji rezerwacji od których przysługuje prowizja w przyszłym kontrakcie również będzie na dotychczasowym poziomie, jak również przesądzając, że od 2/3 rezerwacji nie ma prowizji nie wskazuje w żadnym sposób, że taki stan rzeczy musi dotyczyć wszystkich podmiotów rezerwujących bilety lotnicze. Uwzględniając argumentację przedstawioną przez Odwołującego oraz Zamawiającego jak również zawartą w wyjaśnieniach poczynionych przez wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Why Not FLY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie na wezwanie Zamawiającego Izba uznała, że zaferowana cena oferty w części I i części II przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Why Not FLY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie nie jest ceną rażąco niską.

Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji. Z wyjaśnień jakie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Why Not FLY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie wynika bowiem, że skalkulowani wszystkie stałe elementy mające wpływ na wycenę oferty, w tym uwzględnili określone przez Zamawiającego w SWIZ koszt rezerwacji, wystawienia, sprzedaży i dostarczenia biletów, kontroli włączenia do programów lojalnościowych a także koszt udziału w ewentualnych postępowaniach reklamacyjnych i odwoławczych. Izba wskazuje, że sam Zamawiający zwrócił uwagę na to, że przy kalkulacji ceny należy uwzględnić doświadczenie zawodowe wykonawcy (SIWZ pkt 12 ppkt 8) co niewątpliwie ma wpływ na sposób kalkulacji ceny. Zaznaczyć należy, że zarzut niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji Odwołujący budował w oparciu o nieprawidłowe oszacowanie wartości oferty co ma wpływ na przedmiot

36

zamówienia, dokładniej mówiąc prowadzi do wniosku, że nie wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego w SIWZ zostały uwzględnione w wycenie. Tym samym, skoro Izba uznała, że zarzut rażąco niskiej ceny nie potwierdził się bezprzedmiotowy staje się zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Izba zaznacza również, że zarzut niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie ma w uzasadnieniu odwołania innego faktycznego uzasadnienia, poza wyżej ocenionym. W związku z tym, że cena zaferowana przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Why Not FLY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie w części I i części II nie została uznana za cenę rażąco niską Izba uznała za bezprzedmiotowy zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

IV.

W zakresie zarzutu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w tym również w związku z naruszeniem wymienionych w odwołaniu przepisów ustawy, oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, w sytuacji gdy oferta złożona została przez „konsorcjum” składające się z trzech podmiotów: Why Not USA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, Why Not Fly spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Why Not Travel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, zaś jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez „konsorcjum” wykonawców w składzie: Why Not USA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa oraz Why Not Fly spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, co skutkowało również naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwanie ww. wykonawcy do złożenia dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy a dotyczących spółki Why Not Travel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością – Izba uznała za niezasadny.

Izba wskazuje, że Odwołujący zbudował zarzut uznając, że ofertę w postępowaniu złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Why Not USA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie oraz Why Not FLY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie oraz Why Not Travel Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie z uwagi na to, że na niektórych stronach oferty złożonej w postępowaniu została postawiona pieczęć ostatniej z wyżej wymienionych spółek. Zaznaczyć należy, że Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 ustawy zwrócił się do wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Why Not USA Sp. z o.o.

37

Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie oraz Why Not FLY Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie o udzielnie wyjaśnienia w tym zakresie. W ocenie Izby Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny oferty uznając, że ofertę złożyło dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia, którzy zostali wymienieni w treści oferty, wynika to również z pełnomocnictwa do reprezentacji oraz treści dokumentów i oświadczeń złożonych wraz z ofertą. Odwołujący, poza pieczęcią na którą wskazał w odwołaniu jako mającą przesądzać o innym składzie „konsorcjum” nie wskazał argumentów i nie udowodnił aby ofertę złożyło trzech wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Zaznaczyć również należy, że oferta została podpisana zgodnie z reprezentacją oraz pełnomocnictwem.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbę stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).* Tym samym, Izba uznając, niezasadność zarzutu w zakresie składu „konsorcjum jako bezpodstawną uznała dalszą część tego zarzutu dotyczącą zaniechania uzupełnienia dokumentów dla spółki Why Not Travel Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie.

V.

W zakresie zarzutu naruszenia innych przepisów wskazanych w odwołaniu – Izba uznała zarzut za niezasadny.

38

Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań*), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „*O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.*” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „*W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie*

zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”

39

Przenosząc powyższe stwierdzenia Sądu na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że poczyniona przez Odwołującego w części odwołania zawierającej uzasadnienie argumentacja jest ogólna i nie odnosząca się do żadnych konkretów. W zasadzie sprowadza się do ponownego wskazania, że działania Zamawiającego opisane w całym odwołaniu prowadzą do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych. Niemniej Odwołujący w pozostałym zakresie odwołania wskazywał na naruszenia zasad (art. 7 ustawy), dlatego odrębne wskazywanie naruszenia zasad Izba uznała za próbę kształtowania odrębnego zarzutu odwołania. Jednakże wskazanie podstawy prawnej, poczynione w części uzasadnienia odwołania odnosi się do ogólnego wskazania jednostek redakcyjnych ustawy (art. 7 i 8 ustawy), co niewątpliwie nie stanowi wskazania podstawy prawnej zarzutu z uwagi na to, że odnosi się do ogólnych reguł postępowania (zasad), które swoje uszczegółowienie znajdują w przepisach szczegółowych ustawy, a tego Odwołujący nie wskazał. Jednocześnie Odwołujący przedstawiając okoliczności faktyczne nie wskazał żadnych sprecyzowanych faktów wskazujących w szczególności na ograniczenie jawności postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o 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)

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

40