Sygn. akt: KIO 1649/12

WYROK
z dnia 17 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **BIS Biuro Podróży LCC A. Szulc spółka jawna, Al. Kościuszki 27, 90-481 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Łódzki, ul. Narutowicza 65, 90-131 Łódź**

przy udziale **WHY NOT USA Diana Załoga, Marcin Nasternak spółka jawna, ul. Sokoła 4a, 35-010 Rzeszów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Uniwersytetowi Łódzkiemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu oraz odrzucenie oferty złożonej przez WHY NOT USA Diana Załoga, Marcin Nasternak spółka jawna,**

2. kosztami postępowania obciąża **WHY NOT USA Diana Załoga, Marcin Nasternak spółka jawna, ul. Sokoła 4a, 35-010 Rzeszów** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **BIS Biuro Podróży LCC A. Szulc spółka jawna, Al. Kościuszki 27, 90-481 Łódź** tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od **WHY NOT USA Diana Załoga, Marcin Nasternak spółka jawna, ul. Sokoła 4a, 35-010 Rzeszów** na rzecz **BIS Biuro Podróży LCC A. Szulc**

spółka jawna, Al. Kościuszki 27, 90-481 Łódź kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt: KIO 1649/12

Uzasadnienie

Uniwersytet Łódzki (dalej: „zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie rezerwacji, wystawiania, sprzedaży i sukcesywnej dostawy biletów lotniczych na trasach zagranicznych i krajowych na potrzeby Uniwersytetu Łódzkiego oraz usług wizowania paszportów.

W postępowaniu tym wykonawca BIS Biuro Podróży LCC A. Szulc spółka jawna

(dalej: „odwołujący") wniósł w dniu 2 sierpnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:
- art. 90 ust. 3 ustawy-Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa *Pzp")* przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny,
- art. 7 ust. 1 i 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- art. 90 ust. 2 ustawy Pzp przez niewłaściwą ocenę wyjaśnień wykonawcy i przyjęcie, iż wykonawca złożył on wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:
- uchylenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał na treść pkt 15.3 i 15.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stwierdził również, że oferta wybranego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wystawienie biletu jest jedną z czynności w procesie pozyskiwania biletu przez zamawiającego, a opis przedmiotu zamówienia określa szereg czynności poprzedzających i finalizujących proces nabycia biletu od wykonawcy (rezerwacja, wystawienie biletu, sprzedaż biletu, dostarczenie biletu). Każda z tych czynności wymaga zaangażowania ze strony wykonawcy takich elementów kosztowych jak praca pracownika, użycie telefonu, internetu, materiałów biurowych, lokalu, w którym wykonawca prowadzi działalność, użycia programów

rezerwacyjnych oraz wiele innych kosztów ponoszonych przez innych wykonawców. Zaoferowana cena w wysokości 0,01 zł brutto za wystawienie 1 biletu lotniczego i za 1 wizowanie paszportu musiałaby wykonawcy wystarczyć na pokrycie wszystkich tych kosztów. Odwołujący obliczył, iż przy założeniu, iż realizacja usługi nastąpiłaby w średniej cenie 1 000 zł w ilości np. 1 100 sztuk, koszt usługi wyniósłby w okresie realizacji zamówienia 11 zł.

W ocenie odwołującego, zaoferowana przez wybranego wykonawcę cena za wystawienie 1 biletu lotniczego i za 1 wizowanie paszportu w kwocie 0,01 zł brutto oznacza, iż wykonawca ten zaproponował realizację usługi nie tylko poniżej kosztów własnych, ale i niemożliwą do wykonania za zaoferowane wynagrodzenie, a jedynym celem było uzyskanie przewagi konkurencyjnej nad innymi uczestnikami postępowania przetargowego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał ponadto, iż przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji „rażąco niskiej ceny", niemniej w literaturze wskazuje się, że należy przez to rozumieć cenę nieadekwatną do rzeczywistej wartości zamówienia, nieodpowiadającą cenie rynkowej, niższą o więcej niż 10% średniej ceny wszystkich złożonych ofert lub poniżej ustalonej przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia. Zauważył, że różnica pomiędzy ofertą wybranego wykonawcy, a pozostałych uczestników postępowania wynosi od 124900% do 269900%.

Odwołujący zwrócił uwagę na treść art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503). W ocenie odwołującego, przesłanki opisane w ww. przepisach zachodzą w niniejszym postępowaniu i stanowią o czynie nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez WHY NOT USA Diana Załoga, Marcin Nasternak spółka jawna odwołujący podniósł, że wykonawca ten powołał się na zyski w postaci prowizji od przewoźników, które są jednak niepewne, bowiem jak sam wykonawca wskazał w wyjaśnieniach, warunkiem ich uzyskania jest zrealizowanie planów sprzedażowych na podstawie zawartych umów. Odwołujący stwierdził, że z uwagi na niezałączenie przez wykonawcę przedmiotowych umów, niemożliwym jest ocena czy plany te są realne do wykonania przez wykonawcę, a tym bardziej czy możliwym jest uzyskanie prowizji, z uwzględnieniem której skalkulowana została cena usługi, w okresie realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto, w ocenie odwołującego, wskazanie przez wykonawcę przewoźników, od których otrzymuje on prowizje, może wiązać się z konsekwencjami dla zamawiającego w tej postaci, iż wykonawca będzie oferował bilety lotnicze tylko tych przewoźników, z którymi posiada umowę dotycząca prowizji od sprzedaży

biletów lotniczych. Takie postępowanie narusza zasadę równego traktowania wykonawców, w szczególności tych, którzy nie korzystają z tego typu prowizji. W ocenie odwołującego, chociażby z tej przyczyny oferta wykonawcy winna zostać odrzucona przez zamawiającego.

Odwołujący zakwestionował złożone przez WHY NOT USA Diana Załoga, Marcin Nasternak spółka jawna w dniu 26 lipca 2012 r. wyjaśnienia jako niezgodne z art. 90 ustawy Pzp. Wskazał, że zgodnie z art. 90 ustawy Pzp słowo „wyjaśnienie" oznacza opisanie, przedstawienie, wykazanie, uzasadnienie, a nie tylko wskazanie, wyliczenie. Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie zawierają w swej treści skonkretyzowania obiektywnych czynników zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, a jedynie pozycje kosztowe kalkulacji ceny usługi bez wyjaśnienia, jaki mają one wpływ w porównaniu do kosztów innych ofert. Ponadto, zdaniem odwołującego, złożone wyjaśnienia powinny dotyczyć sposobu obliczenia ceny na dzień składania ofert tj. na dzień 23 lipca 2012 r., a z treści złożonych wyjaśnień ta okoliczność nie wynika. Odwołujący uznał złożone przez WHY NOT USA Diana Załoga, Marcin Nasternak spółka jawna wyjaśnienia za niewiarygodne z uwagi na nieuwzględnie w czynnikach kosztowych ceny opłaty transakcyjnej: kosztów utrzymania lokalu, w którym wykonawca będzie realizował przedmiot zamówienia, kosztów urlopów, zwolnień lekarskich lub innych usprawiedliwionych nieobecności pracowników, kosztów pracy tych pracowników w dni wolne dla nich od pracy, kosztów korzystania z programów rezerwacyjnych. W ocenie odwołującego, wyjaśnienia złożone przez WHY NOT USA Diana Załoga, Marcin Nasternak spółka jawna nie pozwalają na stwierdzenie iż cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i ofert pozostałych uczestników postępowania; wyjaśnienia te nie zawierają żadnych dowodów w tym zakresie. Odwołujący wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w którym wskazuje się, że istotnym jest, aby wykonawca składając wyjaśnienia wskazał, które z elementów art. 90 ust. 2 ustawy Pzp przyczyniają się do tak korzystnego ukształtowania ceny (sygn. akt KIO 2251/11, KIO 2559/11, KIO 2573/11). Dowodem takim, w opinii odwołującego, nie jest posiadanie oprogramowania i akredytacji systemów rezerwacyjnych, nie jest nim też twierdzenie o osiąganiu zysku z prowizji bez wykazania tego dowodem z dokumentu.

W dniu 3 sierpnia 2012 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca First Class S.A.

W dniu 6 sierpnia 2012 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca WHY NOT USA Diana Załoga, Marcin Nasternak spółka jawna (dale: „przystępujący"). Przystępujący stwierdził, że czynność zamawiającego polegająca na wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej została dokonana zgodnie z przepisami ustawy Pzp i nie miało miejsca naruszenie art. 90 ust. 3, art. 7 ust. 1

i 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym, w ocenie przystępującego, wnioski odwołującego dotyczące uchylenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty są bezzasadne. Dodatkowo, przystępujący zauważył, że Krajowa Izba Odwoławcza nie może nakazać zamawiającemu dokonania wyboru konkretnej oferty (art. 192 ust. 3 ustawy Pzp).

Odnosząc się do zarzutu, iż oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji przystępujący zwrócił uwagę na specyfikę zamówień na usługi w zakresie rezerwacji, wystawiania, sprzedaży biletów lotniczych oraz sposób szacowania wartości zamówień tego rodzaju. Przystępujący stwierdził, że przy zamówieniu na tego typu usługi do wartości szacunkowej zamawiający wlicza wartość biletów, które będzie kupował oraz wynagrodzenie wykonawców za świadczoną usługę rezerwacji, wystawienia i dostawy biletów, jak również za usługę wizowania (bez ceny wiz). Przystępujący wskazał, że wykonawcy świadczący tego rodzaju usługi kalkulując swoje wynagrodzenie pomijają kwestię ceny samych biletów, gdyż one nie stanowią kryterium oceny ofert. Okoliczność powyższą potwierdzają postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym pkt 18. Okoliczność tę potwierdza również formularz oferty, zgodnie z którym nie podlega ocenie cena samego biletu, lecz tylko opłaty prowizyjne za wystawienie biletu lotniczego oraz za czynności związane z obsługą

rezerwacji i dostarczania biletu i opłata prowizyjna za wizowanie paszportu.

W ocenie przystępującego, trudno jednoznacznie odnieść się do zarzutu odwołującego dotyczącego zaoferowania przez przystępującego rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ brak jest wiedzy co do tego, w jaki sposób odwołujący tę dysproporcję ustalił, skoro szacowanie wartości zamówienia na usługi objęte postępowaniem określa się odmiennie niż w innych typowych zamówieniach na usługi czy dostawy. Przystępujący zauważył, że odwołujący stwierdzając, iż na wykonanie usługi objętej przedmiotowym postępowaniem przetargowym składa się szereg czynności, z których każda wymaga konkretnego zaangażowania finansowego po stronie wykonawcy, a co za tym idzie, zaoferowana cena w kwocie 0,01 zł brutto za wystawienie 1 biletu i za wizowanie 1 paszportu jest zaoferowaniem usługi za cenę poniżej kosztów własnych i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w całości pominął szczegółowe wyjaśnienia przystępującego, który wskazał szczegółowo koszty, jakie zostaną poniesione przez wykonawcę, a także zysk.

Przystępujący stwierdził, że w swoich wyjaśnieniach uwzględnił koszty, o jakich mówi odwołujący, tj. koszt utrzymania personelu, koszt dostarczenia biletów oraz faktur, koszt materiałów eksploatacyjnych, koszt dostawy wiz, koszt utrzymania linii telefonicznej, łącznie koszty o wartości 13 922,40 zł. Równocześnie przystępujący wskazał szczegółowe

elementy, które wpłynęły na jego zysk, tj. zysk z opłaty prowizyjnej na trasach zagranicznych realizowanych przez przewoźników IATA, zysk z opłaty prowizyjnej na trasach zagranicznych realizowanych przez przewoźników tzw. Low Cost Airlines, na trasach krajowych, zysk z opłaty prowizyjnej za wizowanie paszportów, zysk z *commision* (czyli prowizję w wysokości 0,01 % od sprzedaży danego biletu liczoną najczęściej od podstawy wartości biletu po odliczeniu opłat lotniskowych, paliwowych etc., co w sumie daje ok. 50% jego końcowej wartości), zysk z prowizji dodatkowej od linii lotniczych (liczony od podstawy biletów oraz zysk z budżetu marketingowego otrzymywanego z systemu rezerwacyjnego Amadeus/Sabre). Przystępujący stwierdził, że przychód z zawartej umowy wyniósłby 23 444,82 zł, co po odjęciu ww. kosztów pozostawia wykonawcy zysk w wysokości 9 522,42 zł. Wobec powyższego, przystępujący uznał zarzut o wykonaniu zamówienia poniżej kosztów własnych za nieuzasadniony, a tym bardziej nie wykazany przez odwołującego.

Za nietrafną uznał przystępujący również argumentację odwołującego wskazującą na to, iż cena rażąco niska to cena „niższa o więcej niż 10% ceny wszystkich złożonych ofert". Przystępujący stwierdził, że kwestii zagadnienia rażąco niskiej ceny nie można odnieść tylko do arytmetycznego wyliczenia i ustalić, iż cena poniżej określonego progu jest ceną rażąco niską. Przystępujący zwrócił uwagę na wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 czerwca 1989 r. 103/88 w sprawie Constanzo, w którym Trybunał stwierdził, iż sprzeczne z prawem wspólnotowym są takie uregulowania, które przewidują, iż oferty, w których cena jest niższa o określony procent od wartości szacunkowej zamówienia, jest ceną rażąco niską i taka oferta podlega automatycznemu odrzuceniu. Przystępujący podkreślił, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych ugruntował się pogląd, iż wyłącznie arytmetyczne punkty odniesienia dla ceny badanej w kontekście art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie są wystarczające dla dokonania stanowczej i prawidłowej oceny w tym zakresie. Stwierdzenie zatem, iż oferta zawiera cenę rażąco niską możliwe jest do stwierdzenia tylko wówczas, gdy weźmie się pod uwagę wszystkie czynniki mające wpływ na kalkulację ceny, a te odwołujący wydaje się całkowicie pomijać.

Przystępujący podniósł ponadto, że koniecznymi przesłankami do uznania, iż określone zachowanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji jest sprzedaż poniżej kosztów wytworzenia łub świadczenia oraz cel, jakim jest eliminacja innych przedsiębiorców. W ocenie przystępującego, odwołujący w żaden sposób nie wykazał zaistnienia ww. przesłanek, co czyni postawiony zarzut bezzasadnym.

Odnosząc się do twierdzeń odwołującego, iż zyski wskazane w złożonych przez przystępującego wyjaśnieniach są niepewne, ponieważ warunkiem ich uzyskania jest

zrealizowanie planów sprzedażowych, a ponadto przystępujący nie załączył stosownych

umów, przez co nie jest możliwe zweryfikowanie czy plany te są realne i czy jest możliwe uzyskanie z tego tytułu prowizji przystępujący stwierdził, iż składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny na wezwanie zamawiającego wykonawca nie ma obowiązku przedstawiania wraz z wyjaśnieniami określonych dowodów. Przystępujący zauważył, iż obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, iż zaoferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest zaniżona, a na zamawiającym ciąży obowiązek ewentualnego wykazania dlaczego nie uwzględnił złożonych wyjaśnień i dowodów, jeżeli zostały złożone. Przystępujący podkreślił, iż to zamawiający decyduje o zaistnieniu przesłanki skutkującej uznaniem złożonych wyjaśnień za wystarczające lub nie. Przystępujący zwrócił uwagę, że w niniejszej sprawie zamawiający uznał, iż złożone wyjaśnienia są całkowicie wystarczające do stwierdzenia, iż zaoferowana przez przystępującego cena nie jest rażąco niska. Zdaniem przystępującego, odwołujący w żadnej mierze nie dokonał skutecznego wskazania, aby przyjęte w wyjaśnieniach kwoty składające się na zysk były nierealne do uzyskania przez przystępującego. Z ostrożności przystępujący załączył do treści przystąpienia umowy, jakie posiada z przewoźnikami oraz podmiotami dostarczającymi systemy rezerwacyjne Amadeus/Sabre jednocześnie wyłączając ich jawność jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Za gołosłowne uznał przystępujący twierdzenia odwołującego o tym, iż przystępujący może oferować loty przewoźników, od których ma przyznane specjalne prowizje. Zauważył, iż korzystanie przez przystępującego z dodatkowych prowizji jest efektem długotrwałej i rzetelnej pozycji na rynku biletów lotniczych i nie stanowi żadnej przeszkody, aby taką pozycję osiągali także inni branżowi wykonawcy.

Przystępujący podniósł, iż wbrew twierdzeniom odwołującego, złożone wyjaśnienia były rzetelne i prawdziwe, wskazywały wszystkie czynniki, jakie mogą mieć wpływ na cenę, w tym szczególne uwarunkowania wykonawcy, których odwołujący nie podważył. Przystępujący stwierdził, że w wyjaśnieniach wykazał, że z realizacją zamówienia jest związany zysk, zatem nie będzie ono realizowane poniżej kosztów i nie będzie narażało zamawiającego na nienależyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

Za bezprzedmiotowy uznał przystępujący zarzut braku wskazania, na jaki dzień została dokonana kalkulacja cenowa.

Ponadto przystępujący wskazał, iż to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia, iż oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę.

W dniu 14 sierpnia 2012 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty podniesione w odwołaniu w całości.

W dniu 15 sierpnia 2012 r. przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 lipca 2012 r. nr 2012/S 126-209198.

Zamawiający oszacował zamówienie na kwotę 1 650 000 PLN, co stanowi równowartość 410 488,6058 euro (w tym wartość zamówień uzupełniających).

W pkt 18 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert:

Cena brutto opłaty prowizyjnej za wystawienie biletu lotniczego na trasie zagranicznej oraz czynności związanych z obsługą rezerwacji i dostarczania biletu (C) - 85% $_{rz}$

Cena brutto opłaty prowizyjnej za wystawienie biletu lotniczego na trasie krajowej oraz czynności związanych z obsługą rezerwacji i dostarczania biletu (C) - 10% $_{rk}$

Cena brutto opłaty prowizyjnej za wizowanie paszportów (C) - 5%. $_{w}$

W postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

- WHY NOT USA Diana Załoga, Marcin Nasternak spółka jawna:

C - 0,02 zł, $_{rz}$

C - 0,01 zł, $_{rk}$

C – 0,01 zł, $_{w}$

- Rainbow Tours S.A.:

C - 54,00 zł, $_{rz}$

C $_{rk}$ - 19,00 zł,

C_w – 175,00 zł,
- BIS Biuro Podróży LCC A. Szulc spółka jawna:
C_{rz} - 25,00 zł,
C_{rk} - 10,00 zł,
C_w – 12,00 zł,
- First Class S.A.:

C_{rz} - 29,60 zł,
C_{rk} - 18,20 zł,
C_w – 60,27 zł.

W dniu 24 lipca 2012 r. zamawiający zwrócił się do WHY NOT USA Diana Załoga, Marcin Nasternak spółka jawna w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W dniu 27 lipca 2012 r. ww. wykonawca złożył wyjaśnienia, w których stwierdził, iż zaproponowana cena za wystawienie biletu w wysokości 0,01 zł oraz opłata prowizyjna za wizowanie paszportu na poziomie 0,01 zł nie może być uznana za rażąco niską z tego powodu, iż jest to tylko jeden z elementów składających się na zysk firmy związany z realizacją umowy. Jednym z dodatkowych elementów zysku wykonawcy jest tzw. *commision,* tj. prowizja w wysokości 0,01% od sprzedaży danego biletu, liczona najczęściej od podstawy wartości biletu po odliczeniu opłat lotniskowych, paliwowych etc., co w sumie daje ok. 50% jego końcowej wartości. Oprócz wskazanego powyżej elementu składającego się na zysk wykonawcy najważniejszym jest tzw. dodatkowa prowizja od zrealizowania określonych planów sprzedażowych/wzrostowych w liniach lotniczych. Przystępujący oświadczył, iż posiada/posiadał odrębne umowy z takimi liniami jak LOT, Lufthansa, Australian Airlines, Brussels Airlines. Zawarte umowy przewidują tego typu prowizje dla wykonawcy. Wykonawca na mocy zawartych umów otrzymuje uśrednioną prowizję w wysokości 3,00 %. Dodatkowa prowizja, o której mowa powyżej jest efektem ugruntowanej pozycji przystępującego na rynku sprzedaży biletów lotniczych oraz wieloletniej współpracy z liniami lotniczymi, które przyznają ww. gratyfikacje z tytułu osiągniętych coraz lepszych wyników sprzedażowych. Trzecim elementem składającym się na zysk przystępującego jest tzw. „budżet marketingowy", który przyznaje system rezerwacyjny Amadeus/Sabre od każdego odcinka połączenia lotniczego, który został wskazany w poniższym obliczeniu.

Aby zobrazować wysokość zysku, jaką może uzyskać realizując umowę z zamawiającym, przystępujący przedstawił obliczenie wskazujące na przewidywany, uśredniony zysk; przewidywany uśredniony zysk przyjęty na podstawie wyników uzyskanych przez wykonawcę w ubiegłym roku.

Przystępujący wyjaśnił, iż da potrzeb kalkulacji przyjęto następujące założenia:
1. Średnia prowizja otrzymana od następujących linii lotniczych (LOT, Lufthansa, Aurstrian Airlines, Brussels Airlines) otrzymana w 2011 r. wyniosła 3 %,
2. *Commision* na poziomie 0,01 %,
3. Wysokość budżetu marketingowego otrzymywanego od systemu rezerwacyjnego,

za pośrednictwem którego dokonywana jest rezerwacja wynosi 2,00 Euro za każdy segment (segment - jeden odcinek połączenia lotniczego), 1 Euro = 4,35 zł,
4. Dla potrzeb kalkulacji przyjęto, że średnio na jedną podróż ilość segmentów wynosi 2,
5. Kwota, jaką zamawiający planuje wydać: 1 100 000,00 zł,
6. Kwota, jaką zamawiający planuje wydać na bilety lotnicze na trasach zagranicznych realizowanych przez przewoźników IATA: 724 000,00 zł - kwota hipotetyczna przyjęta dla potrzeb kalkulacji; hipotetyczna liczba biletów jaką zamawiający zamówi: 724 000,00 zł/2 000,00 zł (średnia cena biletu przyjęta dla potrzeb kalkulacji) = 362 szt.,
7. Kwota, jaką zamawiający planuje wydać na bilety lotnicze na trasach zagranicznych realizowanych przez przewoźników tzw. Low Cost Airlines: 180 000,00 zł - kwota hipotetyczna przyjęta dla potrzeb kalkulacji; hipotetyczna liczba biletów, jaką zamawiający zamówi: 180 000,00 zł/1 500,00 zł (średnia cena biletu przyjęta dla potrzeb kalkulacji) = 120 szt.,
8. Kwota jaką zamawiający planuje wydać na bilety lotnicze na trasach krajowych:

96 000,00 zł - kwota hipotetyczna przyjęta dla potrzeb kalkulacji; hipotetyczna liczba biletów, jaką zamawiający zamówi: 96 000,00 zł/800,00zł (średnia cena biletu przyjęta dla potrzeb kalkulacji) = 120 szt.,

9. Kwota, jaką zamawiający planuje wydać na usługę wizowania paszportów
100 000,00 zł - kwota hipotetyczna przyjęta dla potrzeb kalkulacji; hipotetyczna liczba usług wizowania paszportów, jaką zamawiający zamówi: 100 000,00 zł/500,00 zł (średnia cena opłaty za wizowanie paszportu) = 200 szt.

Przystępujący stwierdził, że poszczególne zyski związane z realizacją usług określonych we wzorze umowy wyniosą:

- Zysk z opłaty prowizyjnej za wystawienie biletu:
Na trasach zagranicznych realizowanych przez przewoźników IATA: 362x0,01 zł = 3,62 zł,
Na trasach zagranicznych realizowanych przez przewoźników tzw. Low Cost Airlines: 120x0,01 zł = 1,20 zł,
Na trasach krajowych: 120 x 0,01 zł = 1,20 zł,
- Zysk z opłaty prowizyjnej za wizowanie paszportów: 200x0,01 zł = 2,00 zł,
- Zysk z *commision* = 500 000,00 zł x 0,01% = 50,00 zł,
- Zysk z prowizji dodatkowej od linii lotniczych (liczony od podstawy biletów co stanowi 50% połowy budżetu = 500 000,00 zł) 500 000,00 zł x 3% = 15 000,00 zł,

- Zysk z budżetu marketingowego otrzymywany od Amadeus/Sabre:
2,00 x 4,3 5 zł = 8,70 zł - przeliczenie walut,
8,70 x 2 = 17,40 zł - wartość jednej podróży,
17,40 zł x 482 połączenia (bilety na trasach zagranicznych realizowane przez przewoźników IATA, bilety lotnicze na trasach krajowych) = 8 386,80 zł.

Zysk wykonawcy: 3,62 zł + 1,20 zł + 1,20 zł + 2,00 zł + 50,00 zł + 15 000,00 zł + 8 386,80 zł = 23 444,82 zł.

- Koszt utrzymania personelu niezbędnego do obsługi zamawiającego:
2 osoby x 1/10 etatu (1 etat = 2000,00 zł) = 200,00 zł x 2 osoby = 400,00 zł,
400,00 zł x 12 miesięcy = 4 800,00 zł,
- Koszt dostarczania biletów i faktur do siedziby zamawiającego:
4,20 zł (koszt znaczka pocztowego wraz z kopertą) x 602 listy = 2 528,40 zł,
- Koszty materiałów eksploatacyjnych (toner do drukarki i papier do drukarki):
110,00zł + 16,00=126,00 zł,
- Koszt dostawy wiz: 200 x 30,00 zł (koszt usługi kurierskiej) = 6 000,00 zł,
- Koszt utrzymania linii telefonicznej tylko na potrzeby zamawiającego: 39,00 zł (miesięczny abonament) x 12 miesięcy = 468,00 zł.

Koszt wykonawcy: 4 800,00 zł + 2 528,40 zł + 126,00 zł + 6 000,00 zł + 468,00 zł = 13 922,40 zł.

Różnica pomiędzy zyskiem przystępującego, a jego kosztami z tytułu należytego wykonania usługi stanowi faktyczny zysk z realizacji przedmiotowego zamówienia: 23 444,82 zł - 13 922,40 zł = 9 522,42 zł.

Jako szczególną oszczędność metody wykonania zamówienia przystępujący wskazał dostarczanie biletów lotniczych drogą elektroniczną, co znacznie redukuje koszty związane z przesyłaniem wyżej wymienionych dokumentów zamawiającemu. Dodatkowo, przystępujący posiada możliwość przesyłania faktur drogą mailową na podstawie § 3 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 17 grudnia 2010 r. w sprawie przesyłania faktur w formie elektronicznej, zasad ich przechowywania oraz trybu udostępniania organowi podatkowemu lub organowi kontroli skarbowej (Dz. U. nr 249, poz. 1661), co znacznie obniża koszty transportu wystawianych dokumentów. Wykonawca zauważył, iż ww. możliwości przesyłania danych droga elektroniczną mają również swój wymiar w oszczędnościach materiałów eksploatacyjnych w postaci drukarek, tonerów i papieru.

Jako rozwiązania techniczne mające wpływ na cenę oferty przystępujący wskazał dwa systemy rezerwacyjne Amadeus i Sabre, które oferują wykonawcy dodatkowe zyski w postaci tzw. „budżetu marketingowego” za sprzedaż biletów w tych systemach rezerwacyjnych.

Jako wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla przystępującego zamawiający może, w ocenie przystępującego, przyjąć:
- doświadczenie i umiejętności kadry przystępującego potwierdzone certyfikatami,
- linia telefoniczna czynna 24h/7dni w tygodniu,
- dostępność narzędzi pracy poza godzinami pracy biura,
- rozbudowana sieć teleinformatyczna,
- ugruntowana pozycja na rynku sprzedaży biletów lotniczych.

Dodatkowo, przystępujący wskazał, iż realizuje projekt p.n. „Wdrożenie aplikacji B2B integrującej zarządzanie procesami sprzedaży i finansowo-księgowymi" w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka Działanie 8.2: Wspieranie wdrażanie elektronicznego biznesu typu B2B. Realizacja tego projektu bezpośrednio przyczyni się do usprawnienia procesów biznesowych zachodzących w przedsiębiorstwie takich jak: proces fakturowania, rozliczeń, raportów, co bezpośrednio przyczyni się do optymalizacji kosztów obsługi klientów oraz zwiększy szybkość i jakość ich obsługi.

W dniu 27 lipca 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy WHY NOT USA Diana Załoga, Marcin Nasternak spółka jawna.

Na posiedzeniu Izba stwierdziła, że przystąpienie wykonawcy First Class S.A. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego jest nieskuteczne z uwagi na nie wykazanie wypełnienia obowiązku wynikającego z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tj. przekazania kopii przystąpienia wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności treść oferty złożonej przez WHY NOT USA Diana Załoga, Marcin Nasternak spółka jawna oraz wyjaśnień tego wykonawcy z dnia 26 lipca 2012 r., a także stanowiska stron

i uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba rozpoznając zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez WHY NOT USA Diana Załoga, Marcin Nasternak spółka jawna z uwagi na zaoferowanie przez tego wykonawcę rażąco niskiej ceny za zasadne uznała wezwanie skierowane przez zamawiającego do przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Dokonując oceny prawidłowości czynności zamawiającego, który przyjął złożone przez przystępującego w dniu 26 lipca 2012 r. wyjaśnienia Izba nie mogła wziąć pod uwagę szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego, bowiem dokonując takiej wyceny zamawiający wziął pod uwagę nie tylko wartość prowizji, ale również ceny biletów. Tymczasem wykonawcy zobowiązani byli podać w złożonych ofertach jedynie ceny prowizji, jakie będą pobierać za wystawienie biletu lotniczego na trasie zagranicznej, na trasie krajowej czy za wizowanie paszportu. Wartości te, z uwagi na powyższe, są nieporównywalne. W celu ustalenia zatem czy zaoferowana przez przystępującego cena jest ceną rażąco niską powinna ona podlegać badaniu w porównaniu do innych cen zaoferowanych przez wykonawców w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych przyjęte jest, że kwestionowaną cenę należy, w celu stwierdzenia zaistnienia przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, porównać do szacunkowej wartości zamówienia oraz pozostałych cen zaoferowanych w danym postępowaniu. Z uwagi na brak legalnej definicji ceny rażąco niskiej, w orzecznictwie ukształtował się pogląd, iż cena rażąco niska to cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę (wyrok Sądu

Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07).

Izba za zasadny uznała zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez WHY NOT USA Diana Załoga, Marcin Nasternak spółka jawna z uwagi na zaoferowanie przez tego wykonawcę rażąco niskiej ceny. Należy zauważyć, iż przystępujący udzielając wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązany był wskazać czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny,

podać wyjątkowo sprzyjające wykonawcy warunki wykonywania zamówienia, które sprawiają, że zaoferowana cena może być niższa niż ceny zaoferowane przez innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Wraz z wyjaśnieniami, wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu dowody na ich potwierdzenie, jeżeli charakter wyjaśnień i argumenty wskazane przez wykonawcę tego wymagają (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

Przystępujący uzasadniając wysokość zaoferowanych cen powołał się przede wszystkim na prowizję od sprzedaży biletów, prowizję od zrealizowania określonych planów sprzedażowych w liniach lotniczych i wysokość budżetu marketingowego otrzymywanego od systemu rezerwacyjnego. Za szczególną oszczędność metody wykonania zamówienia przystępujący uznał dostarczanie biletów drogą elektroniczną (redukcja kosztów przesłania dokumentów, oszczędność materiałów eksploatacyjnych w postaci drukarek, tonerów, papieru). Ponadto, za wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia przystępujący uznał doświadczenie i umiejętności kadry wykonawcy, linię telefoniczną czynną 24h/7 dni w tygodniu, dostępność narzędzi pracy poza godzinami pracy biura, rozbudowaną sieć teleinformatyczną oraz ugruntowaną pozycję na rynku sprzedaży biletów lotniczych.

Izba stwierdziła, że przystępujący w żaden sposób nie wykazał, iż zaoferowana przez niego cena za realizację poszczególnych elementów wynika z obiektywnych czynników czy wyjątkowo sprzyjających warunków, które nie są dostępne dla innych wykonawców ubiegających się o zamówienie. Odwołujący na rozprawie w sposób skuteczny wykazał, że znajduje się w co najmniej tak samo dobrej sytuacji, jak przystępujący. Odwołujący oświadczył, jest członkiem grupy Lufthansa City Center (LCC), która ma około 10% rynku sprzedaży biletów lotniczych w Polsce, co stanowi duży atut do negocjacji umów z liniami. Odwołujący wskazał, że posiada cztery umowy zawarte z Lufthansa, LOT, Aeroflot i Finnair, które to twierdzenie poparł złożonymi do akt postępowania kopiami umów. Zaznaczył przy tym, że posiada lepszą pozycję na rynku niż przystępujący, bowiem istnieje na rynku od 21 lat, w tym od 15 przynależy do grupy LCC. Ponadto, Izba dała wiarę odwołującemu, który stwierdził, iż dostarczanie biletów drogą elektroniczną jest metodą powszechną od kilku lat, posiadanie doświadczonej kadry to wymóg bycia członkiem IATA, zaś *call center, hot line,* tj. stały kontakt klienta z biurem, jest standardem. Dodatkowo, odwołujący wskazał, iż jako członek grupy LCC ma możliwość otoczenia klienta opieką w ponad 600 miejscach na świecie za pomocą siostrzanych biur LCC. Na potwierdzenie powyższego odwołujący złożył Biuletyn Agencyjny IATA nr 4/2008 z dnia 15 kwietnia 2008 r., gdzie wskazano, iż ostateczny termin wprowadzenia systemu elektronicznego wystawiania biletów oraz zwrot biletów papierowych to dzień 1 czerwca 2008 r., oraz dokument zawierający wyjaśnienia i cel

LCC 24 Engine Hot Line, które Izba wzięła pod uwagę rozpoznając odwołanie. Odwołujący podniósł również, że sprzyjającym warunkiem wykonywania zamówienia nie jest, wbrew twierdzeniom przystępującego, rozbudowana sieć teleinformatyczna - rozwój informatyzacji jest rzeczą naturalną i niezbędną - odwołujący jest w posiadaniu narzędzia Internet Engine, które umożliwia klientowi wyszukiwanie, porównywanie i rezerwowanie ofert przewoźników tradycyjnych i nisko kosztowych, na dowód czego odwołujący złożył dokument „Informacje dodatkowe na temat Amadeus Agency Internet Engine" oraz umowę zawartą pomiędzy odwołującym, a Amadeus Polska Sp. z o.o. Izba rozpoznając przedmiotowy spór uwzględniła również twierdzenia odwołującego, że sprzyjającym warunkiem wykonywania zamówienia nie może być jest ugruntowana pozycja na rynku sprzedaży biletów lotniczych - odwołujący wykazał, że na rynku jest kilkudziesięciu agentów z kilkunastoletnim stażem, których

wielkość sprzedanych biletów jest znaczna, co z kolei daje im możliwość wykorzystania tego faktu w negocjacjach z liniami lotniczymi. Odwołujący na potwierdzenie powyższego złożył listę członków zrzeszenia agentów IATA w Polsce.

Mając powyższe okoliczności na uwadze Izba stwierdziła, że przystępujący nie wykazał, że zaoferowana przez odwołującego cena nie jest rażąco niska. Nie sposób bowiem uznać, że inni wykonawcy uczestniczący w rynku, również prowadzący bieżącą sprzedaż biletów oraz ubiegający się o udzielenie zamówień publicznych, nie dysponują umowami z liniami lotniczymi, nie otrzymują prowizji, nie posiadają infrastruktury technicznej i wykwalifikowanego personelu. W ocenie Izby, odwołujący wykazał, że wykonując usługi analogiczne do usług realizowanych przez przystępującego, posiada też podobne, jak nie bardzie korzystne, warunki prowadzenia działalności. Doświadczenie życiowe wskazuje, że działalność na podobnych warunkach prowadzi też wiele innych podmiotów. Nie wykazano zatem szczególnych, obiektywnych okoliczności, które pozwalałyby przystępującemu skalkulować ofertę na tak niskim poziomie w porównaniu do innych wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Ponadto, niezależnie od czynników mających wpływ na wysokość ceny, to właśnie cena zaoferowana za wykonanie danego przedmiotu zamówienia powinna pokrywać wszelkie koszty realizacji zamówienia. Tymczasem z wyjaśnień przystępującego wynika jednoznacznie, że pokrycie kosztów realizacji usługi nie nastąpi z kwoty, jaką wykonawca zaoferował w ofercie, ale z działalności przystępującego niezwiązanej z realizacją tego konkretnego zamówienia oraz z prowizji, jaką przystępujący otrzyma od linii lotniczych w związku ze zwiększoną liczbą sprzedanych biletów.

Izba uwzględniła również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stwierdzając, iż zaistniały uzasadnione podstawy, aby przypisać przystępującemu popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji, co stanowi podstawę

do odrzucenia oferty wykonawcy. Niewątpliwie, sposób kalkulacji przez przystępującego zaoferowanych cen zmierzał do uzyskania jak najwyższej ilości punktów w ustanowionych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert, do zdobycia przewagi konkurencyjnej. Celem działania przystępującego nie było konkurowanie rzetelną ofertą, lecz zabieg stwarzający sztuczną przewagę, któremu ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pozwala przeciwdziałać także na gruncie ustawy Pzp przez odrzucenie oferty. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Art. 15 ust. 1 ww. ustawy zawiera uszczegółowienie zasady wskazanej w art. 3 ust. 1 i stanowi, iż 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 odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1 pkt 1). Dobre obyczaje, stanowiące uzupełnienie porządku prawnego, nie będąc normami prawnymi są wzorcami postępowania - podobnie jak zasady współżycia, czy ustalone zwyczaje, i powinny być przestrzegane przez podmioty gospodarcze prowadzące działalność rynkową. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 28 czerwca 2007 r. „Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo.” (sygn. akt V ACa 371/07).

Istotną z punktu widzenia prawa konkurencji, przesądzającą o naganności postępowania przystępującego, jest w niniejszej sprawie okoliczność, iż przystępujący wycenił przedmiot zamówienia na kwotę niższą niż koszt świadczenia usługi. Bez wątpienia, 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 zaoferowali oni realne ceny mając jednak na uwadze konkurowanie o przedmiotowe zamówienie.

Izba rozpoznając przedmiotowy zarzut nie wzięła pod uwagę treści złożonych przez przystępującego wraz z przystąpieniem umów. Wskazać bowiem należy, że ocenie przez Izbę podlega zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp (art. 180 ust. 1-3 ustawy Pzp). W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający poddał ocenie wyjaśnienia złożone przez przystępującego, nie mając jednak dostępu do ww. umów (nie zostały one dołączone do treści wyjaśnień z dnia 26 lipca 2012 r.). Wobec powyższego, oceniając prawidłowość podjętych przez zamawiającego czynności Izba nie uwzględniła treści złożonych w postępowaniu odwoławczym umów – wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny zobowiązany jest wykazać zamawiającemu, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Wykazywanie powyższego na etapie postępowania odwoławczego jest działaniem spóźnionym.

Dowodu w niniejszej sprawie nie mogą również stanowić złożone przez odwołującego wydruki ze stron internetowych w celu wykazania wysokości opłaty transakcyjnej. Izba wzięła pod uwagę twierdzenia przystępującego, iż są one nieadekwatne do sytuacji w niniejszym postępowaniu, bowiem zamawiający nie korzysta też ze sprzedaży internetowej biletów, a w wysokości opłat wskazanych na wydrukach uwzględnione zostały koszty pozyskania klienta z Internetu.

Bez znaczenia, w ocenie Izby, dla rozpoznania niniejszej sprawy są pismo z PLL LOT S.A. o zmianie z dniem 1 kwietnia 2011 r. wysokości agencyjnej prowizji podstawowej czy informacja Skandinavian Airlines o zmianie z dniem 1 lipca 2011 r. wysokości agencyjnej prowizji podstawowej oraz o wysokości opłat za wystawienie biletów. Jak wskazano powyżej, cena za realizację usługi powinna uwzględniać wszystkie koszty związane w wykonaniem zamówienia, a ewentualna przyszła prowizja powinna stanowić dodatkowy dochód wykonawcy, nie może zaś wpływać na obniżenie ceny.

Bez wpływu na rozstrzygnięcie sprawy pozostają też informacja Urzędu Miasta Łodzi z dnia 13 sierpnia 2012 r. o wykluczeniu przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 a ustawy Pzp, z postępowania na rezerwacje, sprzedaż biletów lotniczych, kolejowych i autobusowych oraz hotelarskich usług noclegowych wraz z wnioskiem o udzielnie informacji publicznej oraz treścią wypowiedzenia umowy 20/ZP/2010 z dnia 1 października 2010 r., informacja Polskiego Radia S.A. o odrzuceniu oferty Fornal Travel Internartional Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp oraz formularz oferty złożonej przez TOP Podróże Ewa Koś w postępowaniu prowadzonym przez Krajową Szkołę Sądownictwa

i Prokuratury – dokumenty te dotyczą innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, zatem nie mogą stanowić dowodu w niniejszej sprawie.

Izba rozstrzygając postawione w postępowaniu zarzuty nie wzięła pod uwagę również złożonych przez odwołującego formularza oferty opracowanego przez zamawiającego w bieżącym postępowaniu o zamówienie publiczne oraz kopię formularza złożonego przez odwołującego w postępowaniu prowadzonym w 2011 r. Okoliczność, iż zamawiający w poprzednio prowadzonym postępowaniu nie zawarł w treści formularza postanowienia o konieczności uwzględnienia w cenie realnych, rzeczywistych kosztów związanych ze świadczoną usługą samo w sobie nie potwierdza zasadności twierdzeń odwołującego.

Izba swojego rozstrzygnięcia nie oparła również na dokonanych przez odwołującego obliczeniach, ponieważ brak jest podstaw do jednoznacznego stwierdzenia, iż przyjęte w wyliczeniach dane są właściwe dla przystępującego.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła wniosek odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 PLN, zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

Przewodniczący: ……