

WYROK

z dnia 5 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk
Członkowie: Marek Koleśnikow

Protokolant:

Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lutego 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k., ul. Kielnarowa 108 A, 36-020 Tyczyn w postępowaniu prowadzonym przez Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa, działającego w imieniu i na rzecz: Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa S.A., PGNiG Technologie S.A., PGNiG Termika S.A, Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o., Biura Studiów i Projektów Gazownictwa Gazoprojekt S.A., Exalo Drilling S.A., Geofizyki Toruń S.A., Geovity S.A., GAS Storage Poland Sp. z o.o., PGNiG Obrót Detaliczny Sp. z o.o., PGNiG Serwis Sp. z o.o.

przy udziale zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: eTravel S.A., Bankowe Biuro Podróży Travelbank Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 142B, 02-305 Warszawa,

B. wykonawcy Polskie Linie Lotnicze LOT S.A., ul. Komitetu Obrony Robotników 43, 02-146 Warszawa,

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k., ul. Kielnarowa 108 A, 36-020 Tyczyn i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k., ul. Kielnarowa 108 A, 36-020 Tyczyn tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k., ul. Kielnarowa 108 A, 36-020 Tyczyn na rzecz Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa S.A., PGNiG Technologie

S.A., PGNiG Termika S.A, Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o., Biura Studiów i Projektów Gazownictwa Gazoprojekt S.A., Exalo Drilling S.A., Geofizyki Toruń

S.A., Geovity S.A., GAS Storage Poland Sp. z o.o., PGNiG Obrót Detaliczny Sp. z o.o., PGNiG Serwis Sp. z o.o. kwotę 19 231, 24 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy dwieście trzydzieści jeden złotych i dwadzieścia cztery grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł i kosztów dojazdu w wysokości 631,24 zł, zgodnie ze złożonymi do akt sprawy fakturami.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo, działające na rzecz: PGNiG Technologie S.A., PGNiG Termika S.A., Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o., Biura Studiów i Projektów Gazownictwa Gazoprojekt S.A., Exalo Drilling S.A., Geofizyki Toruń S.A., Geovity S.A., GAS Storage Poland Sp. z o.o., PGNiG Obrót Detaliczny Sp. z o.o., PGNiG Serwis Sp. z o.o. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest kompleksowa obsługa podróży służbowych krajowych i zagranicznych dla Spółek. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 listopada 2017r. pod nr 2017/S 213-443470.

W dniu 22 stycznia 2018r. Odwołujący - WhyNot Travel Sp. z o.o. Sp.k. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność Zamawiającego z dnia 12 stycznia 2017r. polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie Wykonawców w Postępowaniu w tym w szczególności poprzez zaniechanie badania i oceny oferty Odwołującego przed jej odrzuceniem.
2. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ujawnienie w treści Informacji tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego.
3. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty Wykonawcy.
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż jej treść jest zgodna z treścią SIWZ.
5. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż złożenie oferty Odwołującego nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
6. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.
7. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do dalszego wyjaśnienia kwestii rażąco niskiej ceny, jeżeli zdaniem Zamawiającego kwestia ta budzi dalsze wątpliwości.
8. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że Wykonawca udzielił kompleksowych wyjaśnień, które wskazują na fakt, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

oraz wszystkich innych przepisów prawa, których naruszenie wynika z treści niniejszego odwołania

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu podjęcia

czynności unieważnienia czynności odrzucenia Odwołującego, dokonania ponownego i dalszego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz jeżeli czynność ta zostałaby podjęta do dnia wydania orzeczenia w postępowaniu wszczętym na skutek złożenia odwołania o nakazanie: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 12 stycznia 2018r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną informację o odrzuceniu oferty Odwołującego. Jako podstawy prawne odrzucenia oferty Zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Mimo wskazania 4 przesłanek odrzucenia oferty Odwołującego podstawa faktyczna jest jedna - Zamawiający zakwestionował sposób wyceny oferty przez Odwołującego, w szczególności zaoferowanie składników ceny na poziomie 0,01 zł, która to wartość zdaniem Zamawiającego jest nierealna, nierynkowa.

Odwołujący, powołując się na postanowienia SIWZ, wskazał, że nie pozostawiają one wątpliwości, iż jeżeli koszty stałe realizacji zamówienia należało ująć w cenie oferty to należało je potraktować całościowo i rozbijanie ich pomiędzy wartości poszczególnych usług byłoby działaniem sztucznym. Zamawiający zaniechał przedstawienia osobnych wymagań dla realizacji poszczególnych usług, co potwierdza, iż zamówienie należało traktować kompleksowo.

Odwołujący wskazał, że chęć odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego jest zrozumiała - ceny ofert w postępowaniu ukształtowały się w taki sposób, iż oferta Wykonawcy (najdroższa) jest zarazem ofertą najkorzystniejszą, gdy jedynym kryterium w Postępowaniu było kryterium ceny, a wszystkie ceny zaoferowane przez Odwołującego mieszczą się w przedziale cen rynkowych. Niemniej Zamawiający sztucznie pomija fakt, iż cena 0,01 zł jest ceną realną i powszechną (rynkową) w postępowaniach prowadzonych w celu udzielenia zamówienia publicznego o tożsamym przedmiocie zamówienia do Postępowania. Każdy z Wykonawców biorących udział w niniejszym Postępowaniu składał oferty, w których wysokość opłaty transakcyjnej zaoferował na poziomie 0,01 zł. Takie oferty były składane przez Wykonawców także w Postępowaniach, w których Zamawiający wymagał ujęcia wszystkich składników ceny w cenie opłaty transakcyjnej. Cena w wysokości 0,01 zł jest powszechnie przyjęta przez wszystkie podmioty działające na rynku.

W ocenie Odwołującego relewantne dla niniejszej sprawy jest orzeczenie Sądu Okręgowego z dnia 3 stycznia 2018 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Ga 1547/17 (rozpoznanie skargi na orzeczenie KIO 1654/17) w tym samym przedmiocie zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez MSZ. Treść SIWZ w ww. postępowaniu jest wyjątkowo zbliżona do treści SIWZ w niniejszym postępowaniu. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez MSZ, w której wszystkie składniki ceny ustalił na poziomie 0,01 zł. Izba początkowo przychyliła się do argumentacji Zamawiającego, iż opłata w wysokości 0,01 zł nie może obejmować kosztów wykonania wszystkich usług, z uwagi na ponadstandardowy zakres przedmiotowego zamówienia (Zamawiający zażądał wliczenia w cenę opłaty transakcyjnej transportu taksówkami). Mimo to Sąd Okręgowy stwierdził, iż przedstawienia ceny opłaty transakcyjnej o wartości 0,01 zł nawet w takich okolicznościach jest dopuszczalne a odrzucenie oferty Wykonawcy stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1 i 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Orzeczeniem o Sygn. XXIII Ga 1547/17 Sąd Okręgowy potwierdził, iż cena opłaty transakcyjnej w wysokości 0,01 zł jest nie tylko ceną rynkową ale również może zawierać wszystkie składniki ceny nawet w postępowaniu o ponadstandardowym zakresie zamówienia. Dlatego też należy uznać, iż wszystkie elementy ceny oferty wskazane w Formularzu są realne i na rynkowym poziomie.

Odwołujący podniósł także, że Zamawiający swobodnie opisuje treści znajdujące się w części wyjaśnień Odwołującego objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w jawnym piśmie przygotowany w Postępowaniu. Zamawiający nie dokonał przy tym uprzednio czynności odtajnienia niektórych informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa (str. 8 Informacji: „w Wyjaśnieniach Wykonawca wskazał, że w pozostałych pozycjach [zaoferowana stawka - 1 gr] ceny będą dla niego niekorzystne z uwagi na brak uwzględnienia kosztów stałych.). Zdaniem Odwołującego stanowi to o naruszeniu art. 8 ust. 3 przez ujawnienie w treści informacji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Podnosząc naruszenie art. 87 ust. 1 przez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty wykonawcy, Odwołujący wskazał, że Zamawiający zaniechał wyjaśnienia:

1. W zakresie niezbędnym do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, czy faktycznie jakość usług zaoferowana przez Odwołującego za cenę 0,01 zł odbiega od jakości żądanej przez Zamawiającego w taki sposób, iż powoduje to niezgodność treści oferty z treścią SIWZ;

2. W zakresie niezbędnym do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z

art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., czy zaszyły przesłanki utrudniania dostępu do rynku (wraz z chociaż ogólnym wyznaczeniem tego rynku) oraz działania przez Odwołującego w celu eliminacji innych przedsiębiorców;

3. W zakresie niezbędnym do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., czy zaszyły przesłanki zaoferowania ceny poniżej poziomu rynkowego oraz czy jest to wynikiem działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami.

Jednocześnie sam fakt, iż Zamawiający wywodzi wszystkie podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z jednej okoliczności faktycznej (składniki ceny w Formularzu: 0,01 zł w pozycjach 1-4 oraz 6-9 oraz 77 zł w pozycji 5 Formularza) oznacza, iż w istocie Zamawiający nie zbadał oferty Odwołującego, gdyż nie wie, którą podstawę prawną zastosować. Należy przy tym zauważyć, iż Zamawiający nie może odstąpić od wyjaśniania oferty wykonawcy, ponieważ sądzi, iż dana oferta na pewno podlega odrzuceniu, chociażby z tego powodu, iż jak w okolicznościach niniejszej sprawy, takie przekonanie może okazać się błędne.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, Odwołujący wskazał, że nie sprzedaje i nie ma zamiaru sprzedawać swoich usług poniżej kosztów ich świadczenia. Koszt świadczenia usług w ramach przedmiotowego zamówienia jest bliski zeru, zarówno z uwagi na ich wolumen jaki i specyfikę, a także właściwości Wykonawcy. Innymi słowy cena 0,01 zł zawiera wszystkie koszty świadczenia usług przedmiotowo tożsamych z tymi, które Zamawiający ma zamiar nabyć w niniejszym Postępowaniu. Jest to cena rynkowa i wartość ta była przedmiotem wielokrotnego badania przez Krajową Izbę Odwoławczą, a także Sąd Okręgowy. Zamawiający całkowicie zaniechał wykazania lub uzasadnienia w jaki sposób miałyby dojść do celu eliminacji pozostałych rywalizujących o uzyskanie zamówienia Wykonawców przez Odwołującego.

Odnosnie niedopuszczalnego przeniesienia kosztów poszczególnych usług do wartości opłaty transakcyjnej za dokonanie jednej rezerwacji hotelowej krajowej lub zagranicznej, czyli tzw. „manipulacji” ceną: Odwołujący wskazał, że miał zamiar we wszystkich pozycjach Formularza podać cenę za wykonanie zamówienia w wysokości 0,01 zł (tak, jak to uczynił między innymi w Postępowaniu BDG.741.008.2017 prowadzonym przez MSZ). Jednak, z uwagi na treść zapisu pkt 14.1 SWZ Zamawiający nie przewiduje możliwości finansowania się Wykonawcy z innych źródeł, z tytułu realizacji przez niego Umowy. W szczególności Zamawiający nie dopuszcza możliwości takiego finansowania z dodatkowych rabatów uzyskiwanych przez Wykonawców od Realizatorów w stosunku do cen oferowanych usług. Odwołujący zdecydował się na ujęcie w cenie oferty również swoich kosztów stałych, których nie można przypisać do wykonania konkretnej pojedynczej usługi.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił sposób wykonania całego zamówienia oraz wprowadził 9 składników ceny oferty bez przypisania ich do kosztów stałych. Skoro koszt bezpośredni wykonania usług w warunkach Postępowania jest bliski 0, a Zamawiający wprowadził nowy zapis, który może oznaczać, iż nie ma możliwości pokrycia kosztów stałych z prowizji od linii lotniczych, wystawianych biletów itp. to Zamawiający musiał liczyć się z faktem, iż niektórzy Wykonawcy zdecydują się na przypisanie kosztów stałych w taki sposób, aby chronić swój interes w trakcie realizacji zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający przygotował w niniejszym Postępowaniu wzór, który poprzez splot okoliczności doprowadził do sytuacji, w której oferta z rynkowymi składnikami ceny, a zarazem oferta najdroższa w Postępowaniu otrzymała najwięcej punktów. Obecnie, na etapie badania i oceny ofert próbuje odpowiedzialnością za swoje własne decyzje w Postępowaniu obarczyć Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że istotą postępowań w sprawie zamówienia publicznego jest swoboda kształtowania cen przez wykonawców, podczas gdy większość pozostałych warunków pozostawiono do dyskrejonalnej decyzji zamawiających. Wobec tego, Wykonawcy działają w warunkach normalnej konkurencji cenowej i nawet w Postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dozwolona musi być sprzedaż poniżej kosztów własnych (sprzedaż ze stratą) w pewnym zakresie - w którym nie prowadzi to do powstania rażąco niskiej ceny w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia. Cena to często jedyny instrument konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i na w wyniku tej konkurencji zyskują przede wszystkim Zamawiający. Tym samym kwalifikowanie zaniżania cen przez Wykonawców jako czynu nieuczciwej konkurencji ma charakter wyjątkowy. Po pierwsze, wymaga to wykazania wystąpienia okoliczności z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. (utrudnianie dostępu do rynku). Po drugie, ich wystąpienie musi mieć ścisły związek z celem, który stanowi eliminację innego przedsiębiorcy z rynku. Tymczasem Odwołujący nie ma

instrumentów, które pozwalałyby na eliminację, któregośkolwiek z podmiotów będących w stanie wykonać niniejsze zamówienie z rynku ani nie jest to jego celem.

Odwołujący podniósł, że w celu odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Zamawiający zobowiązany był wykazać przynajmniej, która norma prawna lub jaki dobry obyczaj został przez Odwołującego naruszony, (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 stycznia 2008 r., II CSK 363/07) "nieuczciwe w rozumieniu u.z.n.k. jest każde zachowanie się przedsiębiorcy (...), które narusza m.in. dobre obyczaje i jeżeli zachowanie takie zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, podpada pod art. 3 tej ustawy. Konieczne jest jedynie wykazanie przez uprawnionego, jaki dobry obyczaj doznał naruszenia, oraz że nieprzestrzeganie tego obyczaju zagroziło lub naruszyło interes konkurenta". Należy przy tym zauważyć, iż samo wskazanie, iż oferta została złożona z ceną poniżej wartości realnych nie może zostać uznane za wystarczające - stanowiłoby to obejście przesłane określonych w art. 15 ust. 1 u.z.n.k. Dlatego, poza samym wskazaniem zaniżenia składników ceny przez Odwołującego Zamawiający był zobowiązany do wskazania dlaczego to zachowanie jest niezgodne z dobrymi obyczajami.

Odnosnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Odwołujący podniósł, że Zamawiający zobowiązany jest wskazać merytoryczną treść oferty, do której nie przystaje treść oferty Odwołującego. Innymi słowy na Zamawiającym ciążyło „wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ" (tak: KIO w Wyroku z dnia 8 września 2014 r., sygn. akt: KIO 1736/14). Zamawiający do dnia złożenia niniejszego Odwołania nie przekazał Odwołującemu, z którym zapisem SIWZ i jaka treść oferty jest niezgodna. Za wypełnienie obowiązku Zamawiającego w tym zakresie nie można uznać lakonicznego sofizmu jakim jest „oferta Odwołującego zawiera składniki ceny na poziomie 0,01 zł, więc nie gwarantuje wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ".

Jednocześnie, w odniesieniu do Postępowania, zdaniem Odwołującego należy w ogóle zakwestionować możliwość wyczytania niezgodności treści oferty z treścią SIWZ tylko i wyłącznie na podstawie analizy dokumentów składanych przez Wykonawców do upływu terminu składania ofert. De facto, na tym etapie postępowania Wykonawcy byli zobowiązani do podania w ofercie tylko ceny, czyli informacji w żaden sposób nie wystarczającej od zarzucenia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zamawiający musiałby się odnieść do informacji przekazanych przez Odwołującego na dalszym etapie wyjaśnienia treści oferty, co jest jednak o tyle niemożliwe, iż Zamawiający nie podjął czynności wyjaśniających w tym zakresie.

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Odwołujący wskazał, że złożył w niniejszym Postępowaniu ofertę z najwyższą ceną i nie żadnych wątpliwości, iż wykonanie niniejszego zamówienia za tę cenę jest nie tylko możliwe, ale i opłacalne. Pisząc wprost - nie ma żadnej szansy na to, aby Odwołujący poniósł stratę z realizacji niniejszego Zamówienia nawet jeżeli byłaby to jedyna umowa, którą by wykonywał i nie miałby możliwości obniżenia kosztów ze względu na wolumen realizowanych usług. Nawet jeżeli składniki ceny budziły (niesłusznie) wątpliwości Zamawiającego to nie wystąpiły przesłanki do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny - wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego są w takich okolicznościach zupełnie nieuzasadnione i oparte na zupełnie dowolnej interpretacji oferty Odwołującego i przepisów prawa. Również, jeżeli na podstawie Wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę możliwe byłoby wyciągnięcie wniosku, iż składniki ceny zaoferowane przez Odwołującego w pozycjach 1-4 oraz 6-9 osobno nie gwarantują realizacji zamówienia (co jest niezgodne z okolicznościami niniejszej sprawy) to i tak cena oferty Wykonawcy dawałaby rękojmię należytego wykonania całego zamówienia. Innymi słowy, nawet jeżeli część składników ceny Odwołującego byłaby rażąco niska (nie jest) to całość oferty i tak nie jest obciążona wadą rażąco niskiej ceny. Cena 0,01 zł jest ceną rynkową za wykonanie niniejszego zamówienia - jest to standardowa cena oferowana w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego tożsamy przedmiotowo do niniejszego Postępowania. Cena 77 zł również mieści się w standardach rynkowych - ceny na tym poziomie bywają osiągane w postępowaniach prowadzonych w celu udzielenie zamówienia publicznego, a także w normalnych warunkach rynkowych. Zarówno cena na poziomie 0,01 zł, jak i 77 zł, rozpatrywane tak indywidualnie, jak i jako składniki ceny gwarantują należyte wykonanie usług. Odwołujący zauważył, iż odrzucenie oferty, nawet Zawierającej rażąco niską cenę musi nastąpić po badaniu oferty i wezwaniu danego wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wezwanie takie, co prawda zostało do Odwołującego skierowane, ale w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający powołuje się jedynie na własne rozważania, nie biorąc pod uwagę złożonych przez Odwołującego wyjaśnień. Oznacza to, iż Zamawiający już z góry przyjął konieczność odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na jej cenę, a wezwanie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zostało skierowane do Odwołującego jedynie formalnie. Dlatego też

Zamawiający zdecydował się wskazać art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jako samodzielną przesłankę do odrzucenia oferty Odwołującego. Na fakt, iż Zamawiający definitywnie obarczył ofertę Odwołującego wadą rażąco niskiej ceny jeszcze przed wezwaniem do wyjaśnień świadczą również następujące sformułowania przedstawione w treści Informacji: i. „W ocenie Zamawiającego z powodu wartości opłat transakcyjnych na poziomie 0,01 zł zawartych w ofercie Wykonawcy, ofertę Wykonawcy należy uznać jako ofertę z rażąco niską ceną”, „Przy czym co istotnie nie trzeba posiadać specjalistycznej wiedzy, aby dojść do wniosku, że cena na poziomie 0,01 zł jest ceną nierealną”. W ocenie Odwołującego takie działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne.

W zakresie naruszenia art. 90 ust. 1 przez brak dalszego wezwania do udzielenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny Odwołujący, wskazał, iż jak wynika z treści Informacji Zamawiający ma wątpliwości w zakresie: zaoferowanych wynagrodzeń i ich wartości w odniesieniu do przykładowego zespołu wskazane przez Odwołującego; jakie koszty zostały ujęte w cenie 0,01 zł; w którym miejscu ujęto koszty dokonywania czynności faktycznych, nie ujętych wprost w pozycjach wyceny (1-9) przez Zamawiającego. Mimo to, Zamawiający nie dążył do pełnego wyjaśnienia ceny oferty Odwołującego, zamiast tego ograniczył się do niezgodnego z prawdą twierdzenia, iż Wykonawca nie złożył „w zasadzie żadnych wyjaśnień, nie mówiąc już o przedstawieniu jakichkolwiek dowodów.

Odnosnie naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp, Odwołujący wskazał, że Zamawiający wezwał do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny powołując się na fakt, iż „Wątpliwości Zamawiającego wzbudziły ceny wskazane przez Wykonawcę w powyżej wskazanych punktach, gdyż w wyniku przeliczenia średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, Państwa oferta jest niższa o co najmniej 30%”. Stwierdzenie to, zdaniem Odwołującego nie jest wystarczające, aby uzasadnić wystosowanie wezwania z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do konkretnych elementów ceny oferty Wykonawcy. Zamawiający nie uzasadnił, dlaczego elementy ceny oferty Odwołującego wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w sytuacji, gdy cena oferty Wykonawcy jako jedyna złożona w Postępowaniu nie jest ceną rażąco niską. Zamiast tego, Zamawiający błędnie odniósł się do brzmienia art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. Co prawda nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. Ustawodawca umożliwił Zamawiającemu badanie istotnych części składowych ceny, niemniej nie zmieniły się jednak w tym zakresie przesłanki do odrzucenia oferty Wykonawcy. Wynikają one z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia) oraz art. 89 ust. 1 ustawy Pzp (Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia). Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający ma prawo badać składniki ceny oferty Wykonawcy, ale takie i tylko takie których zaniżenie może doprowadzić do niemożności wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Teza ta znajduje potwierdzenie w przypadku zastosowania prounijnej wykładni przepisów. Przepis art. 69 ust. 1 Dyrektywy parlamentu europejskiego i rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych 2014/24/UE (Instytucje zamawiające wymagają od wykonawców wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztów zaproponowanych w ofercie, jeżeli oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do odnośnych robót budowlanych, dostaw lub usług.), jasno wskazuje na fakt, iż to oferta, a nie pojedynczy składnik ceny musi być obciążona wadą rażąco niskiej ceny aby zasadnym było wszczęcie procedury wyjaśnień ceny lub kosztów.

W konkluzji, Odwołujący stwierdził, że cena jego oferty wynosi 1 317 109,60 zł, czego dowodem jest załączone do odwołania wyliczenie, co w znaczący sposób przekracza koszty wykonania niniejszego zamówienia. Cena oferty Wykonawcy ani jej części składowe nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jest to cena realna, za którą Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia. Wykonawca gwarantuje, iż wykona zamówienie za cenę przedstawioną w ofercie. Nie ma również ryzyka, iż wykonanie zamówienia za wskazaną cenę będzie w jakikolwiek sposób zakłócone ze względu na zaoferowaną cenę.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

W pkt 14.1 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” podano m.in. „Zamawiający wymaga, aby jedynym wynagrodzeniem Wykonawcy z tytułu realizacji Umowy było wynagrodzenie w rozumieniu § 4 ust 1 lit b) projektu Umowy tj. suma cen (wartości opłat transakcyjnych) wynikających ze złożonej oferty i obliczonych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego

zawartymi w SIWZ i projekcie Umowy. Zamawiający nie przewiduje możliwości finansowania się Wykonawcy z innych źródeł, z tytułu realizacji przez niego Umowy. W szczególności Zamawiający nie dopuszcza możliwości takiego, finansowania z dodatkowych rabatów uzyskiwanych przez Wykonawców od Realizatorów w stosunku do cen oferowanych usług. Podstawą do określenia ceny oferty jest pełen zakres zamówienia określony w SIWZ tj. kompleksowa obsługa podróży służbowych krajowych i zagranicznych zlecanych przez spółki Grupy Kapitałowej PGNiG, polegająca m.in. na zapewnieniu (w szczególności wyszukaniu połączeń, rezerwacji, zakupie i dostarczeniu) biletów lotniczych i kolejowych, wraz z polisami ubezpieczeniowymi oraz usług dodatkowych niezbędnych do prawidłowego przebiegu krajowych i zagranicznych podróży służbowych; rezerwacja pokoi hotelowych w kraju i zagranicą o określonym standardzie; pośrednictwo w wynajmie samochodów z kierowcą lub bez; pośrednictwo w formalnościach wizowych. W celu umożliwienia należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę, oferowana przez niego cena musi uwzględniać wszystkie elementy i czynniki kosztotwórcze wpływające na jej wysokość. W cenie oferty nie uwzględnia się cen biletów, noclegów, wiz i opłat konsularnych, ubezpieczeń oraz wynajmu sal konferencyjnych lub samochodów”.

W OPZ Zamawiający przedstawił przewidywane ilości i trasy w okresie 36 miesięcy:

Bilety lotnicze:

około 513 biletów na trasach krajowych;

około 2417 biletów na trasach zagranicznych,

Bilety kolejowe:

około 18255 biletów na trasach krajowych;

około 330 biletów na trasach zagranicznych.

Rezerwacja noclegów:

około 16493 noclegów w kraju;

około 609 noclegów zagranicą.

Wypożyczanie samochodów:

około 2707 wypożyczeń w kraju;

około 23 wypożyczeń zagranicą.

Zakup ubezpieczeń 1292

Pośrednictwo wizowe 15

Usługa czarteru małych samolotów 3

Rezerwacje sal konferencyjnych na spotkania biznesowe V1P 5

W OPZ Zamawiający ustalił następujące zasady realizacji zamówienia:

„24. Wykonawca zapewni odpowiednią liczbę osób obsługujących niniejsze zamówienie, mając na względzie szacunki dot. zapotrzebowania na określone typy usług jak również terminy wykonania poszczególnych obowiązków określone w OPZ, w tym przewidywaną konieczność równoległej realizacji więcej niż jednego zlecenia.

25. W trakcie obowiązywania umowy Wykonawca zobowiązany będzie do wyznaczenia co najmniej czterech pracowników w charakterze dedykowanego konsultanta i wydzielenia co najmniej sześciu linii telefonicznych do kontaktu z pracownikami Zamawiającego:

a. co najmniej czterech linii ogólnych w celu dokonania rezerwacji, zakupu i dostarczenia wszystkich typów usług niezbędnych do realizacji podróży służbowej dla pracowników - czynnej w dni robocze w godzinach pracy biura,

b. odrębnej linii priorytetowej w celu dokonania rezerwacji, zakupu i dostarczenia wszystkich typów usług niezbędnych do realizacji zleceń w trybie priorytetowym,

c. linii dyżurnej (helpdesk) - czynnej całodobowo w dni ustawowo wolne od pracy oraz w dni robocze poza godzinami pracy biura.

26. W trakcie obowiązywania umowy Wykonawca zobowiązany będzie do wyznaczenia opiekuna klienta, sprawującego opiekę nad Zamawiającym, odpowiedzialnego za prawidłową realizację umowy w tym przygotowanie raportów według ustaleń z Zamawiającym."

Zgodnie z pkt 15.1 SIWZ kryterium oceny ofert jest cena podana w ofercie. Spośród ofert nieodrzuconych za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska najwyższą liczbę punktów obliczonych w oparciu o ustalone kryteria i sposób oceny przedstawiony w tabeli, gdzie Zamawiający przewidział sumowanie wszystkich cen i za najkorzystniejszą ofertę uznał ofertą z najwyższą oceną punktową wyliczoną wg wzoru:
 $C=C1+C2+C3+C4+C5+C6+C7+C8+C9$.

1. wysokość opłaty transakcyjnej za wystawienie jednego biletu lotniczego na trasie typu krajowego x5 pkt,
2. wysokość opłaty transakcyjnej za wystawienie jednego biletu na trasie europejskiej wraz z ubezpieczeniem turystycznym x 35pkt,
3. wysokość opłaty transakcyjnej za wystawienie jednego biletu lotniczego transkontynentalnego wraz z ubezpieczeniem turystycznym x15 pkt,
4. wysokość opłaty transakcyjnej za wystawienie jednego biletu kolejowego krajowego lub zagranicznego x20 pkt,
5. wysokość opłaty transakcyjnej za dokonanie jednej rezerwacji hotelowej krajowej lub zagranicznej x 18 pkt,
6. wysokość opłaty transakcyjnej za rezerwację usługi czarteru małego samolotu x 1 pkt,
7. wysokość opłaty transakcyjnej za rezerwację samochodu z kierowcą lub bez w kraju i zagranicą x 5 pkt,
8. wysokość opłaty transakcyjnej za rezerwację sal konferencyjnych na spotkania biznesowe VIP x 0,5 pkt,
9. wysokość opłaty transakcyjnej zapośrednictwo wizowe x 0,5 pkt.

Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 44 589 010,99zł. Tą samą kwotę Zamawiający podał bezpośrednio przed otwarciem ofert.

Do upływu terminu składania ofert zostały złożone następujące oferty:

1. WhyNot Travel Sp. z o.o. Sp.k.
2. Konsorcjum eTravel S.A. i Bankowe Biuro Podróży TravelBank Sp. z o.o.
3. Polskie Linie Lotnicze Lot S.A.

Odwolujący zaproponował w 8 pozycjach dotyczących wysokości opłat transakcyjnych kwotę 0,01zł, zaś w poz. dotyczącej opłaty transakcyjnej za dokonanie jednej rezerwacji hotelowej krajowej lub zagranicznej kwotę w wysokości 77,00zł.

W dniu 20 grudnia 2017 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny opłat transakcyjnych w wysokości 1 grosza za:

- a. wystawienie jednego biletu lotniczego na trasie typu krajowego,
- b. wystawienie jednego biletu na trasie europejskiej wraz z ubezpieczeniem turystycznym,
- c. wystawienie jednego biletu lotniczego transkontynentalnego wraz z ubezpieczeniem turystycznym,
- d. wystawienie jednego biletu kolejowego krajowego lub zagranicznego,
- e. rezerwację usługi czarteru małego samolotu,

- f. rezerwację samochodu z kierowcą lub bez w kraju i zagranicą,
- g. rezerwację sal konferencyjnych na spotkania biznesowe VIP,
- h. pośrednictwo wizowe.

Pismem z dnia 28 grudnia 2017r. Odwołujący złożył Odpowiedź na wezwanie z dnia 20 grudnia 2017 r. do złożenia wyjaśnień, w którym zakwestionował zasadność skierowania wezwania opartego o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, że nie wystąpiły przesłanki uzasadniające podjęcie takiego działania. Wskazał, że szacowany przychód Odwołującego z realizacji przedmiotowego zamówienia wynosi 1 317 096,68zł, co w sposób oczywisty pokrywa koszty realizacji zamówienia, a oferta Odwołującego nie jest o co najmniej 30% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

W piśmie Odwołujący przedstawił kalkulację w odniesieniu do przedmiotu zamówienia każdej ze złożonych ofert i podał, że po przemnożeniu stawek opłat transakcyjnych przez szacunkowy zakres zamówienia cena oferty Odwołującego wynosi 1 317 096,68 zł, cena oferty konsorcjum eTravel 200 552,73 zł, zaś cena oferty PLL Lot S.A. - 184 909 zł. W oparciu o te ustalenia, stwierdził, że oferta Odwołującego nie jest rażąco niska, a przyjmując, że średnia cena oferty w tym postępowaniu wynosi 567 519,47 zł to za rażąco niskie należy uznać ceny ofert konsorcjum eTravel jak i PLL Lot S.A.

Odnosnie kosztów realizacji zamówienia, wskazał, że posiada statystycznie jedno z najniższych w kraju kosztów pracy, wynikające z lokalizacji wykonawcy w Kielnarowej (woj. podkarpackie, gdzie przeciętne wynagrodzenie brutto w czerwcu 2017r. wynosiło 3 656,00 brutto i było drugie najniższe w Polsce). Ponadto na niższe koszty i wyższą jakość usług wpływa finansowanie narzędzi ze środków UE, wykonawca posiada autorskie rozwiązania utworzone w ramach dotacji z UE „Stworzenie narzędzi do automatycznego świadczenia usług dla podróżujących samolotami”. Odwołujący załączył także, celem zobrazowania wysokości zysku jaki może uzyskać realizując umowę, kalkulację wskazującą na przewidywany koszt i zysk z realizacji zamówienia. Kalkulację zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa i wniósł o jej nieudostępnianie innym podmiotom.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki do wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Na wstępie Izba wskazuje, że kwestia zaoferowania ceny 1 gr za opłaty transakcyjne w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na obsługę podróży służbowych była przedmiotem szeregu orzeczeń nie tylko Krajowej Izby Odwoławczej, ale także sądów okręgowych. Podkreślenia wymaga, że ocena dopuszczalności zastosowania stawki 1 grosz jest analizowana w konkretnych okolicznościach danego stanu faktycznego, biorąc pod uwagę postanowienie SIWZ, treść złożonej oferty jak również wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a więc gdy oferta jest sporządzona odmiennie od wskazań określonych w SIWZ. W analizowanym postępowaniu o zamówienie publiczne za kluczowe dla sprawy Izba uznała przywołane wyżej postanowienie pkt 14.1 SIWZ, gdzie Zamawiający wprost wyeliminował możliwość finansowania się wykonawcy z innych źródeł z tytułu realizacji umowy i nie dopuścił możliwości finansowania z dodatkowych rabatów uzyskiwanych przez wykonawców od realizatorów w stosunku do cen oferowanych usług. Zamawiający jednoznacznie wymagał, aby opłaty transakcyjne uwzględniały rzeczywiste koszty związane ze świadczoną usługą i nie dopuścił, aby wykonawca zmniejszał te koszty w sposób dowolny o przyjęte przez siebie prowizje, które potencjalnie jest zdolny uzyskać od przewoźników lub

od przedsiębiorców prowadzących systemy rezerwacyjne.

Tymczasem, jak wynika z treści odwołania jak i oświadczeń złożonych w toku rozprawy przez Odwołującego, przy kalkulacji ceny oferty uwzględniono fakt istnienia umów transakcyjnych z innymi podmiotami, z których zysk pozwala na obniżenie kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego. Sam Odwołujący w toku rozprawy stwierdził, że koszt opłaty transakcyjnej jest równy zeru, bowiem dla wykonawcy jako pośrednika, który jest związany umowami z innymi podmiotami, istotny jest jedynie „obrót” tj. ilość dokonanych transakcji. Oznacza to dobitnie, że Odwołujący oferując opłaty transakcyjne na poziomie 1 grosza, miał na uwadze hipotetycznie możliwe do uzyskania zyski od przewoźników, co oznacza, że nie uwzględnił w wysokości tych opłat transakcyjnych realnych kosztów wykonania usług. Oceny tej nie zmienia zaoferowanie przez Odwołującego opłaty transakcyjnej na poziomie 77zł za dokonanie rezerwacji hotelowej krajowej lub zagranicznej. Twierdzenia Odwołującego, iż opłata ta pokrywa wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotowego zamówienia nie są zasadne w kontekście postanowień SIWZ, które przewidują rozliczenia w oparciu o faktycznie wykonany zakres usług na podstawie cen biletów przewoźników i jednostkowych opłaty transakcyjne za konkretnie zrealizowaną usługę (§ 3 ust. 3 i §4 ust. 1 projektu umowy).

Ponadto ukształtowanie sposobu przyznawania punktów w tym postępowaniu, gdzie Zamawiający odrębnie przypisał wagi dla poszczególnych opłat transakcyjnych, skłania do twierdzenia, że każda z cen jednostkowych jako element wynagrodzenia wykonawcy winna być rozpatrywana oddzielnie i w konsekwencji każda z nich powinna uwzględniać realne koszty wykonania danej usługi. Skoro Zamawiający będzie się rozliczał za konkretnie zrealizowane usługi, a wynagrodzenie nie ma charakteru ryczałtowego, to obowiązkiem wykonawcy było podanie realnych kosztów za poszczególne usługi świadczone na rzecz Zamawiającego. Uwzględniając zakres obowiązków wykonawcy, wynikający z treści OPZ i związanych z tym kosztów, w ocenie Izby, nie jest możliwe skalkulowanie kosztów w sposób opisany w SIWZ za zaoferowane przez odwołującego stawki opłat transakcyjnych 0,01 zł. Z tych względów, Izba uznała, że oferta Odwołującego jako sporządzona niezgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny oferty, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Przepis art. 89 ust. 3 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. 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. „Dobre obyczaje” to normy postępowania nie będące normami prawnymi a normami postępowania, podobnie jak "zasady współżycia społecznego" oraz "ustalone zwyczaje", których powinny przestrzegać osoby fizyczne oraz inne podmioty prowadzące działalność gospodarczą. O naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy można mówić wówczas, gdy na skutek działania konkurencyjnego podjętego przez innego przedsiębiorcę nastąpiłoby pogorszenie możliwości zakupu lub zbytu potrzebnych mu lub zbywanych przez niego dóbr lub usług. Art. 15 ust. 1 uznk podaje przykładowe czyny nieuczciwej konkurencji, w tym 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.

W ocenie Izby, w danych okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający miał podstawy do uznania, że oferta Odwołującego w zakresie proponowanych cen jednostkowych w wysokości 0,01 zł z tytułu opłat transakcyjnych jest przejawem działania w warunkach nieuczciwej konkurencji w rozumieniu zachowań stypizowanych w art. 15 w ust. 1 pkt 1 uznk, jak i mieszczących się w ogólnym pojęciu przepisu art. 3 uznk, który za tego rodzaju czynny nakazuje uznawać działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy.

Doświadczenie życiowe nakazuje twierdzić, że ceny opłat transakcyjnych w wysokości 1 grosza nie są w stanie pokryć niezbędnych wydatków dla pełnego i należytego wykonania tej usługi, zgodnie z wymaganiami SIWZ. Argumentacja Odwołującego, iż zamierza on pokryć koszty realizacji tego zamówienia z planowanych dochodów z tytułu umów z innymi kontrahentami, nie znajduje żadnego uzasadnienia. W tym zakresie Izba przychyliła się do stanowiska wyrażonego w orzeczeniu KIO Sygn. akt 2088/17, w którym Izba wyraziła pogląd, iż „pokrywanie zaś kosztów danego zamówienia z przychodów od innych odbiorców, stanowi tzw. subsydiowanie skrośne - zakazane przez prawo. Sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk”.

Izba wielokrotnie w orzecznictwie podkreślała, że zachowaniem sprzecznym z prawem i dobrymi obyczajami jest manipulowanie cenami polegające na celowym przyjmowaniu

rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty. W orzecznictwie Izba oceniała jako naganne prowadzenie przez wykonawców tzw. „inżynierii cenowej”, mającej na celu jedynie zdobycie przewagi punktowej i prowadzącej w konsekwencji do wyboru oferty najkorzystniejszej, które jest jednocześnie ofertą najdroższą. Dla przykładu należy powołać orzeczenia o sygn. akt: KIO 1934/12, akt: KIO 640/11, gdzie stwierdzono, że „Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania odwołującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest więc „manipulowanie” proporcjami poszczególnych usług; a w konsekwencji ich ceną i w konsekwencji ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie. Ponieważ takie działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie odwołującego utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ”. Podobne stanowisko wyrażano w orzeczeniach Sygn. akt KIO 640/11 oraz Sygn. akt KIO 2787/11, czy Sygn. akt KIO 7/13.

Działanie Odwołującego polegające na zaniżeniu opłat za poszczególne usługi transakcyjne w poz. 1-4 i niedopuszczalne przeniesienie wszystkich kosztów świadczonych usług do wartości opłaty transakcyjnej za dokonanie jednej rezerwacji hotelowej krajowej lub zagranicznej wyczerpuje, w ocenie Izby, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji i stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Zamawiający w tym postępowaniu o zamówienie publiczne przyznał poszczególnym cenom (opłatom) transakcyjnym odrębny charakter, o czym świadczy to, że ceny te podlegały odrębnej ocenie w kryteriach oceny ofert. Każda z cen jednostkowych jako element wynagrodzenia wykonawcy winna być zatem rozpatrywana oddzielnie.

Izba oceniła, iż Odwołujący celowo zaoferował wartości opłat transakcyjnych w poz. 1-4 i 6-9 poniżej realnych kosztów wykonania usługi, zaś w poz. 5 zaoferował cenę, przy założeniu szacunkowych ilości ma pokryć wszelkie koszty realizacji usługi. Zawyżenie przez Odwołującego kosztów związanych z rezerwacją hoteli w kraju i zagranicą jest o tyle nielogiczne, że jak stwierdził sam Odwołujący w toku rozprawy, ma on przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami, jeśli chodzi o świadczenie usług w zakresie rezerwacji hoteli.

W ten sposób działanie Odwołującego polegające na świadomym wykorzystaniu przyjętych przez zamawiającego zasad przyznawania punktów doprowadziło do sytuacji, w której oferta Odwołującego uzyskałaby największą ilość punktów w kryteriach oceny ofert a jednocześnie byłaby ofertą najdroższą spośród złożonych ofert, której cena, jak wyliczył sam Odwołujący przy założeniu szacunkowych ilości wynosiłaby 1 317 096,68zł. Dla porównania wskazać należy, że ceny pozostałych wykonawców, którzy w rankingu oceny ofert uzyskaliby niższą punktację, przy takich samych założeniach opiewają na poziomie 184 909 zł i 200 552,73 zł. A zatem świadome wykorzystanie przez Odwołującego ustalonych kryteriów oceny ofert i sztuczne zaniżenie realnych kosztów poszczególnych usług spowodowałoby wybór oferty drożej o ok. 1 mln zł. Izba oceniła, że działanie Odwołującego stanowiło utrudnienie dostępu do zamówienia dla innych przedsiębiorców, którzy przy kalkulacji swoich ofert uwzględnią realne koszty poszczególnych usług. W konsekwencji oznacza, że działanie takie miało na celu dążenie do wyeliminowania konkurencji.

Izba uznała, że zaistniała także podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego z art. 90 ust. 3 Pzp, bowiem Odwołujący nie sprostął ciężarowi wykazania elementów mających wpływ na cenę oferty. Art. 90. 1 Pzp stanowi, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne

części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą

wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu (...)

Zgodnie z art. 90 ust. 2 obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, ust. 3 tego przepisu obliuguje Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że wbrew temu co twierdzi Odwołujący, samo wystosowanie wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w odniesieniu do kalkulacji opłat transakcyjnych na poziomie 1 grosza była zasadne i celowe. Przywołany

przepis art. 90 ust. 1 Pzp przewiduje możliwość badania nie tylko całkowitej ceny oferty, ale też jej istotnych elementów składowych. Opłata transakcyjna na poziomie 1 gr mogła i wzbudziła uzasadnione wątpliwości Zamawiającego. W tym postępowaniu o zamówienie publiczne, zgodnie z ustalonymi zasadami wynagrodzenia, gdzie Zamawiający będzie płacił odrębnie za każdą zrealizowaną usługę, opłaty te stanowiły kluczowy element kalkulacji ceny oferty.

W orzecznictwie Izby wskazuje się, że dla „wykazania”, iż oferta wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu niewystarczające są same deklaracje i twierdzenia. Wykonawca musi nie tylko wyjaśnić, ale też udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty. Złożone przez Odwołującego w toku postępowania o zamówienie publiczne wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny, nie podają żadnych konkretnych okoliczności faktycznych popartych dowodami, które pozwoliłyby uznać, że ceny opłat transakcyjnych w wysokości 1 gr. są stawkami realnymi. Okoliczności, że wykonawca posiada niskie koszty pracy wynikające z jego lokalizacji oraz otrzymał dotację z UE nie są wystarczające dla uznania, że ceny na poziomie 1 gr pokrywają koszty związane z rzetelną realizacją danego zamówienia publicznego. Z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego do protokołu rozprawy wynika, że obniżenie wysokości opłat transakcyjnych jest możliwe z uwagi na pokrycie kosztów z zysków pochodzących z innych źródeł. Jednak zarówno w złożonych wyjaśnieniach jak i w toku rozprawy Odwołujący nie przeprowadził żadnego dowodu, z którego wynikałoby, że z samych prowizji od kontrahentów zdolny jest po kryć koszty związane z realizacją tego zamówienia. Niezasadnym jest twierdzenie Odwołującego, iż Zamawiający zaniechał dalszych wyjaśnień treści oferty, czym naruszył art. 87 ust. 1 Pzp. Wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ma co do zasady charakter jednokrotny, w tym postępowaniu treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień nie budziła żadnych wątpliwości, które skłaniałyby Zamawiającego ewentualnego zastosowania art. 87 ust. 1 Pzp. Z uwagi na brak wykazania w złożonych wyjaśnieniach realności opłat transakcyjnych w wysokości 1 gr ziszcza się przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

Za chybiony należy uznać zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp. Zdaniem Izby, Zamawiający nie odtajnił w tym postępowaniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Odwołującego. Wskazanie, cytatu że „ceny podane w pozostałych pozycjach wyjaśnienia będą dla wykonawcy niekorzystne”, przywołane w informacji o odrzuceniu oferty nie stanowi naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 ze zm.).

Przewodniczący: