

Sygn. akt: KIO 558/17

WYROK

z dnia 5 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska Protokolant: Adam

Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2017 r. przez wykonawcę **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k., ul. Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Centrum Obsługi Administracji Rządowej, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa,**

orzeka:

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

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

.....

Sygn. akt: KIO 558/17

Uzasadnienie

Zamawiający: Centrum Obsługi Administracji Rządowej w Warszawie, działający w imieniu i na rzecz: Jednostek Administracji Państwowej, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup biletów lotniczych, kolejowych wraz z ubezpieczeniem oraz rezerwacja i zakup miejsc hotelowych oraz pośredniczenie w procesie uzyskiwania wiz dla delegatów Jednostek Administracji Państwowej (JAP)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2017/S 050-091643 w dniu 11 marca 2017 r., a w dniu 13 marca 2017 r. - na stronie internetowej Zamawiającego wraz z pozostałą dokumentacją.

Wykonawca WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k., z siedzibą w Tyczynie wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym:

1. ustalenia wagi kryterium ceny powyżej dopuszczalnej granicy 60%;
2. opisanie kryteriów oceny ofert w sposób naruszający uczciwą konkurencję, poprzez ustalenie kryterium opustów od biletów lotniczych;
3. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję, poprzez wskazanie, iż niedozwolone jest rozliczanie się wykonawców z liniami lotniczymi za pomocą kart kredytowych oraz wymaganie od wykonawców członkostwa w IATA przy jednoczesnym przewidywaniu opustów od ceny biletów lotniczych.

Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) (dalej „Pzp”):

1. art. 2 pkt 13 Pzp, poprzez dopuszczenie możliwości złożenia oferty, która doprowadzi do braku odpłatności po stronie Zamawiającego,
2. art. 29 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i wewnętrznie sprzeczny,
3. art. 29 ust. 2 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję,
4. art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez ukształtowanie kryteriów oceny ofert w sposób promujący składanie ofert przez wykonawców niezgodnie z umowami wiążącymi ich z Międzynarodowym Zrzeszeniem Przewoźników Powietrznych (IATA) oraz poprzez wyeliminowanie wykonawców, którzy swoją działalność prowadzą w oparciu o rozliczenia z liniami lotniczymi za pomocą kart kredytowych,
5. art. 91 ust. 2a Pzp, poprzez zastosowanie kryterium ceny, jako kryterium o wadze przekraczającej 60%, bez jednoczesnego określenia standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w dokumentacji postępowania w zakresie:

- a. umożliwienia płatności kartą kredytową przez wykonawców wobec linii lotniczych;
- b. usunięcie kryterium opustów na bilety lotnicze;
- c. ujednolicenie opisu przedmiotu zamówienia przez usunięcie opustów na bilety lotnicze.

Odwołujący wyjaśnił, że ma zamiar złożyć ofertę w postępowaniu, tymczasem, na skutek niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, ma ograniczone możliwości złożenia oferty i uzyskania zamówienia.

I. Kryterium ceny powyżej dopuszczalnej granicy 60%

Odwołujący podniósł, że zgodnie z punktem II.2.5) ogłoszenia, kryteriami oceny ofert w niniejszym postępowaniu są:

1. Kryterium jakości - Opust od ceny katalogowej pobytu w hotelu /waga: 10;
2. Kryterium jakości - Opust od cen przewoźnika dla biletów lotniczych i kolejowych / waga: 30;
3. Kryterium jakości - Czas / waga: 15
4. Cena - waga: 45.

W niniejszym postępowaniu kryterium opustu jest tożsame z kryterium ceny. W cenę biletów lub miejsc hotelowych jest wliczona marża wykonawcy i dzięki temu wykonawca jest w stanie zaoferować opust od biletów lub miejsc hotelowych. Kryterium ceny to faktycznie ocena marży wykonawcy. Tak więc w kryterium opustu od ceny katalogowej pobytu w hotelu, od ceny przewoźnika dla biletów lotniczych i kolejowych oraz w kryterium ceny Zamawiający sprawdza *de facto* jedno kryterium - marżę wykonawcy, czyli cenę za realizację zamówienia.

Zamawiający zdaje sobie sprawę z tego faktu, na co wskazuje m.in. zapis pkt 7.1. SIWZ w rozdziale VII. Opis sposobu obliczenia ceny oferty: „Wykonawca podaje w ust. 4 pkt 1-15 Formularza oferty odpowiednio ceny opłat transakcyjnych, opłat za dokonanie rezerwacji hotelowej, opłat za przeprowadzenie procedury uzyskania wizy, z podaniem podatku od towarów i usług (VAT) oraz opustów od ceny przewoźnika dla biletów lotniczych i kolejowych oraz opustów od ceny katalogowej pobytu w hotelu. Wysokość opłat i opustów zaoferowanych przez Wykonawcę będzie stałą przez okres realizacji przedmiotu zamówienia.” Tak więc, kryterium ceny (marży wykonawcy) stanowi aż 85% wagi wszystkich kryteriów oceny ofert, co stanowi naruszenie przepisu art. 91 ust. 2a Pzp.

II. Kryteria oceny ofert oraz opis przedmiotu zamówienia naruszające uczciwą konkurencję poprzez wymaganie opustów od biletów lotniczych przy jednoczesnym wymaganiu członkostwa w IATA

Zamawiający w pkt 9.2 SIWZ umieścił tabelę zatytułowaną Kryterium II - Opust od ceny przewoźnika dla biletów lotniczych i kolejowych (U) - waga 30%. Zgodnie z tą tabelą:

1. Opust określony w % od ceny biletów lotniczych na trasach zagranicznych posiada wagę 12%;
2. Opust określony w % od ceny biletów lotniczych na trasach krajowych posiada wagę 10%.

Zatem, kryterium mającym wysokie znaczenie w niniejszym postępowaniu (22%) jest wartość opustu od ceny biletów lotniczych. Jednocześnie, zgodnie z pkt 13.2 SIWZ, wykonawca zobowiązany jest najpóźniej w dniu zawarcia umowy dostarczyć Zamawiającemu aktualny dokument potwierdzający przynależność do IATA (International Air Transport Association) lub autoryzację IATA. Zamawiający przewiduje podpisanie umowy wyłącznie z wykonawcami będącymi członkami IATA i tym samym związanymi rezolucjami tego stowarzyszenia.

Na podstawie punktu 3.2 rezolucji IATA 824 agent zrzeszony w IATA nie może zmieniać warunków sprzedaży biletu lotniczego, w tym nie może ingerować w wysokość taryf (cen biletów). Wobec tego, niedopuszczalne jest stosowanie bezpośrednio przez agentów IATA opustów od cen biletów lotniczych. Kryterium oceny ofert dotyczące opustów od biletów lotniczych jest zatem nie tylko niepotrzebne, ale zachęca wykonawców do złamania lub obejścia wiążących ich rezolucji IATA.

Ponadto, określona przez Zamawiającego konstrukcja kryteriów oceny ofert może doprowadzić do złożenia ofert dumpingowych, zawierających ceny poniżej kosztów realizacji zamówienia. Niemożliwe będzie rzetelne zweryfikowanie przez Zamawiającego tego aspektu, gdyż wysokość dodatkowej marży wypłacanej przez linie lotnicze agentom IATA jest zależna od wielu zmiennych. Toteż fakt, czy dany wykonawca osiągnie zysk z realizacji zamówienia nie jest w żaden sposób weryfikowalny przez Zamawiającego, co prowadzi do trudności przy ocenie ofert.

III. Opis przedmiotu zamówienia naruszający uczciwą konkurencję, poprzez wskazanie, że niedozwolone jest rozliczanie się przez wykonawców z liniami lotniczymi za pomocą kart kredytowych

W § 2 ust. 10 pkt 1 lit. g Wzoru umowy Zamawiający zastrzegł, że z uwagi na generowanie dodatkowych kosztów, nie dopuszcza możliwości realizowania płatności kartami kredytowymi, wyjątek stanowią jedynie bilety low cost.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie ma prawa ingerować w sposób rozliczania się wykonawcy z dostawcami lub innymi klientami. Zamawiający w sposób nieuzasadniony preferuje wykonawców, którzy korzystają z innych produktów finansowych niż karty kredytowe, choć może zastrzec, że koszty płatności kartą kredytową obciążają

wykonawców.

Zamawiający, pismem z dnia 29 marca 2017 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wyjaśnił, że w rozdziale IX SIWZ określił kryteria oceny ofert jako:

- cena – 45%
- opust od cen [przewoźników dla biletów lotniczych i kolejowych – 30%
- czas – 15%
- opust od ceny katalogowej pobytu w hotelu – 10%.

Zamawiający wyjaśnił, że uwzględniając ustawową definicję ceny, należy stwierdzić, że kryteria oceny ofert w tym postępowaniu wymagane są w jednostkach pieniężnych, czasowych i procentowych (opusty). Nie ma zatem równości między kryterium ceny i opustu, które nie może być uznane za kryterium cenowe, gdyż nie jest wyrażone w jednostkach pieniężnych. Nawet gdyby przyjąć, że opłata transakcyjna i opust - to kryterium ceny, to należy zauważyć, że porównanie ofert na etapie ich oceny nie byłoby wówczas możliwe, gdyż kwota opustu jest znana dopiero w momencie dokonywania konkretnej rezerwacji. Na etapie oceny ofert Zamawiający porównuje więc nie kwoty opustu lecz wartości procentowe. Ponadto, Zamawiający wskazał, że przepis art. 91 ust. 2a Pzp nie zawiera kategorycznego zakazu ustalania kryterium ceny powyżej 60%, a jedynie wskazuje warunki dopuszczalności zastosowania wagi przewyższającą tę wartość. W zakresie ryzyka braku odpłatności umowy po stronie Zamawiającego wskazał na wyrok KIO z dnia 20 maja 2013 r. sygn. akt KIO 1014/13, podkreślając, że opłata transakcyjna, której składowe tworzą cenę oferty nie może być wartością zerową, tym samym każda inna wartość większa od zera będzie stanowić zobowiązanie Zamawiającego wobec wykonawcy. Wskazał też na wyrok KIO 1753/15 z dnia 28 sierpnia 2015 r. Zatem, zawarta umowa nie będzie miała charakteru nieodpłatnego, a tym samym nie został naruszony art. 2 pkt 13 Pzp.

Zamawiający wskazał też na powszechne stosowanie kryterium opustu przez innych zamawiających. Podkreślił, że jest to kluczowy element konkurencyjności wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Sam Odwołujący także bierze udział w takich postępowaniach. Przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. sygn. akt XII Ga 314/11. Podniósł, że usługi rezerwacji i sprzedaży biletów lotniczych są świadczone przez wiele podmiotów na rynku, w tym przez przewoźników, agentów zrzeszonych w IATA, jak i niezrzeszonych. Wysokość udzielanego opustu jest wewnętrzną sprawą każdego wykonawcy i wynika z uwarunkowań danego podmiotu. Zamawiający podkreślił, że wysokość % opustu jest jednym z czterech kryteriów oceny ofert, a nie warunkiem udziału w postępowaniu, więc nieudzielenie opustu nie uniemożliwia złożenia ważnej oferty. Zauważył, że Odwołujący kwestionuje jedynie opusty od biletów lotniczych, a nie kwestionuje opustów od biletów kolejowych i pobytu w hotelu. W ocenie Zamawiającego, zaproponowana konstrukcja kryteriów oceny ofert nie doprowadzi do składania ofert zawierających ceny poniżej kosztów świadczenia. Odwołujący nie wyjaśnił przy tym, na czym miałyby polegać trudności Zamawiającego przy ocenie złożonych ofert.

Zamawiający przedstawił pismo Dyrektora Biura Sprzedaży Krajowej PLL LOT S.A. z dnia 5 grudnia 2012 r. skierowane do agentów IATA w Polsce, regulujące sposób fakturowania przez Agentów opustów udzielanych i dokumentowania tego faktu na własnej fakturze, co nie stoi w sprzeczności z członkostwem w IATA.

Zamawiający wyjaśnił, że płatności kartą kredytową podwyższają opłatę za cenę biletów lotniczych o prowizję za użycie karty, która w praktyce często bywa doliczana przez wykonawcę (w tym Odwołującego). Wskazane w SIWZ rozwiązanie nie narusza uczciwej konkurencji i nie preferuje żadnych wykonawców, gdyż jest to tylko jedna z dostępnych form płatności.

Do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający załączył: wyciągi z SIWZ oraz informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniach prowadzonych przez Uniwersytet Gdański, Instytut Lotnictwa, Ministerstwo Infrastruktury i Budownictwa, Centrum Nauki Kopernik, kopię pisma PLL LOT z dnia 5 grudnia 2012 r. skierowanego do agentów IATA w Polsce, inne dokumenty (notatka służbowa z dnia 11 października 2016 r., pismo Ministerstwa Sprawiedliwości z 20 października 2016 r., plik faktur i faktury korygujące, pismo Odwołującego do Ministerstwa Sprawiedliwości z dnia 2 listopada 2016 r. w sprawie realizacji umowy nr 2015/2/MS z dnia 14 września 2015 r.).

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Zarzut - Kryterium ceny powyżej dopuszczalnej granicy 60%;

W rozdziale IX SIWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

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

Kryterium „Opust od cen przewoźników dla biletów lotniczych i kolejowych – 30%” zostało opisane jako cztery składowe podkryteria tj. jako:

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

W rozdziale VII SIWZ pkt 7.1 Zamawiający wymagał podania w Formularzu oferty w ust. 4 pkt 1-15 odpowiednio opłat transakcyjnych, opłat za dokonanie rezerwacji hotelowej, opłat za przeprowadzenie procedury uzyskania wizy, z podaniem podatku od towarów i usług (VAT) oraz opustów od ceny przewoźnika dla biletów lotniczych i kolejowych oraz opustów od ceny katalogowej pobytu w hotelu. Wysokość opłat i opustów zaoferowanych przez wykonawcę będzie stała przez okres realizacji przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z pkt 7.3, podana w ofercie cena musi uwzględniać wszystkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej realizacji przedmiotu zamówienia zgodnej z warunkami wynikającymi z SIWZ, w szczególności OPZ i Umowy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 2a Pzp, wskazać należy, że przepis ten nie zakazuje ustalania w postępowaniu kryterium ceny powyżej 60%, a jedynie wskazuje warunki dopuszczalności zastosowania wagi przewyższającą tę wartość. W ocenie Izby, sytuacja taka nie ma miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Zgodnie z art. 2 pkt 1 Pzp, ilekroć w ustawie jest mowa o – cenie – należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. poz.915). Przepis art. 3 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy podaje natomiast definicję ceny jako - wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Zgodnie z ust. 2, w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową. Taka definicja ceny została przyjęta przez Zamawiającego w treści SIWZ – pkt 7.2.

Uwzględniając ustawową definicję ceny, nie można utożsamiać kryterium ceny, obejmującym opłaty transakcyjne od określonych czynności (usług) z kryterium opustu od ceny biletu lotniczego. Oczywiście jest, że powyższe kryteria są mierzone w postępowaniu w różnych jednostkach, w szczególności wielkość opustu nie jest wyrażana w jednostkach pieniężnych, co przeczy twierdzeniu, że jest element stanowiący cenę i tym samym kryterium ceny. Trzeba zauważyć, że konkretna kwota wynikająca z opustu jest znana dopiero

w momencie dokonywania konkretnej rezerwacji biletu, gdyż na etapie oceny ofert nie jest znana cena biletów. Zatem wartość ta, choć w praktyce nabierze wymiaru pieniężnego przy realizacji umowy, to na etapie oceny ofert nie może być porównywana w ramach kryterium ceny, gdyż nie stanowi ceny.

Opłaty transakcyjne, których składowe tworzą cenę oferty, porównywaną w ramach kryterium ceny, nie mogą być wartością zerową, tym samym każda inna wartość większa od zera będzie stanowić o charakterze odpłatnym umowy. W tym stanie rzeczy nie zachodzi naruszenie przepisu art. 2 pkt 13 Pzp, który definiuje zamówienie publiczne jako umowę odpłatną pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Niezasadne jest też twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający dopuszcza w przedmiotowym postępowaniu możliwość złożenia oferty, która doprowadzi do braku odpłatności umowy po stronie Zamawiającego. Odwołujący nie przeprowadził dowodu na tę okoliczność. Odwołujący nie wykazał także, że sposób sformułowania kryteriów oceny ofert doprowadzi do składania ofert zawierających ceny poniżej kosztów realizacji zamówienia.

Kryterium opustu jest jednym z czterech kryteriów oceny ofert, określonych przez Zamawiającego. Nieudzielenie opustu nie uniemożliwia złożenia ważnej oferty. Wykonawca nie ma obowiązku udzielania opustu, a ewentualne ryzyko związane z wartością udzielonego opustu wykonawca musi sam skalkulować w cenie oferty. Słusznie zauważył Zamawiający, że Odwołujący kwestionuje jedynie opusty od biletów lotniczych, a nie kwestionuje opustów od biletów kolejowych i opustów od ceny za pobyt w hotelu, co dowodzi niekonsekwencji stanowiska Odwołującego i subiektywności twierdzeń Odwołującego.

W orzecznictwie ugruntowane jest stanowisko, że ustalone przez Zamawiającego kryteria oceny ofert (oraz sposób dokonywania ich oceny) nie mogą naruszać zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu kryteria oceny ofert nie uprzywilejowują i nie dyskryminują określonych wykonawców. Nie zachodzi w szczególności sytuacja, gdy tylko jedna firma, ze względu na pewne właściwości przedmiotu zamówienia, które podlegają ocenie punktowej w postępowaniu - ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba nie stwierdziła naruszenia przepisu art. 91 ust. 2a oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zastosowanie kryterium ceny, jako kryterium o wadze przekraczającej 60%.

Zarzut - Kryteria oceny ofert oraz opis przedmiotu zamówienia naruszające uczciwą konkurencję, poprzez wymaganie opustów od biletów lotniczych przy jednoczesnym wymaganiu członkostwa w IATA

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez ukształtowanie kryteriów oceny ofert w sposób promujący składanie ofert przez wykonawców niezgodnie z umowami wiążącymi ich z Międzynarodowym Zrzeszeniem Przewoźników Powietrznych (IATA).

Zamawiający w pkt 9.2 SIWZ określił w tabeli składowe KRYTERIUM II - Opust od ceny przewoźnika dla biletów lotniczych i kolejowych (U) - waga 30%, w tym przyznaje 22 pkt w podkryterium - wartość % opustu od ceny biletów lotniczych.

Zgodnie z pkt 13.2 SIWZ, Zamawiający wymaga, aby wykonawca najpóźniej w dniu zawarcia umowy dostarczył Zamawiającemu aktualny dokument potwierdzający przynależność do IATA (International Air Transport Association) lub autoryzację IATA.

Odwołujący podnosił w odwołaniu, że na podstawie punktu 3.2 rezolucji IATA 824 agent zrzeszony w IATA nie może zmieniać warunków sprzedaży biletu lotniczego, w tym nie może ingerować w wysokość taryf (cen biletów), a wobec tego, niedopuszczalne jest stosowanie bezpośrednio przez agentów IATA opustów od cen biletów lotniczych, gdyż może to narazić agenta na konsekwencje ze strony IATA lub linii lotniczych. Kryterium oceny ofert dotyczące opustów od biletów lotniczych zachęca wykonawców do złamania lub obejścia wiążących ich rezolucji IATA.

Zarówno Odwołujący, jak i Zamawiający powołali się na rozprawie na pismo Dyrektora Biura Sprzedaży Krajowej PLL LOT S.A. z dnia 5 grudnia 2012 r. skierowane do agentów IATA w Polsce. Pismo to wskazuje, że Umowa o Agencji Sprzedaży Pasażerskiej z IATA zawierana przez Agentów IATA nadaje im prawo do wystawiania dokumentów lotniczych w imieniu i na rzecz linii lotniczych zrzeszonych w IATA. „Rezolucja IATA nr 824 oraz postanowienia powyższej Umowy w pkt 3 ppkt 3.2 i pkt 7 ppkt 7.3 jednoznacznie i wyraźnie określają sposób sprzedaży usług przewoźników oraz wykluczają możliwość ingerencji w wysokość taryf przez Agentów IATA. Realizacja transakcji w imieniu i na rzecz linii lotniczej jasno wskazuje, że sprzedawcą dokumentu lotniczego jest linia lotnicza, a nie Agent IATA. W takim przypadku Agent IATA powinien wystawić fakturę dokładnie odzwierciedlającą kwoty uwidocznione w dokumencie lotniczym (bilecie), a więc wysokość taryfy, opłaty dodatkowe oraz opłatę transakcyjną należną Agentowi, wynikającą z umowy zawartej pomiędzy Agentem i Kontrahentem. Do udzielania upustów od cen uwidoczniionych na dokumentach lotniczych (biletach) uprawniona jest wyłącznie linia lotnicza. Wobec powyższego, każda ingerencja w wysokość taryfy (ceny) uwidocznionej w bilecie, w tym jej obniżenie, poprzez stosowanie upustu na fakturze wystawionej w imieniu i na rzecz jest czynem niedozwolonym.”

Pismo powyższe zawiera w zakończeniu także stwierdzenie, że „Agent IATA udzielając upustu od ceny uwidocznionej w dokumencie lotniczym (bilecie) w imieniu własnym, winien udokumentować to na własnej fakturze.”

Z treści tego dokumentu wynika jednoznacznie, że agent IATA może udzielić opustu od ceny biletu w imieniu własnym, co wymaga udokumentowania tego faktu na jego fakturze, co jednocześnie nie stoi w sprzeczności z członkostwem w IATA. Opusty nie mogą być udzielane jedynie wówczas, gdy agent IATA działa w imieniu i na rzecz linii lotniczych.

Biorąc pod uwagę, że powyższy dowód został złożony przez obie strony postępowania, choć Odwołującego na poparcie jego stanowiska powoływał się na jego treść z pominięciem cytowanego powyżej ostatniego zdania, a także wobec niezłożenia, w szczególności przez Odwołującego, żadnych innych dowodów, Izba uznała, że zasadność tego zarzutu nie została wykazana przez Odwołującego, zgodnie z art. 6 k.c. i art. 190 ust. 1 Pzp, tj. które nakładają ciężar udowodnienia na twierdzącego, a nie przeczącego.

Zarzut - Opis przedmiotu zamówienia naruszający uczciwą konkurencję, poprzez wskazanie, iż niedozwolone jest rozliczanie się przez wykonawców z liniami lotniczymi za pomocą kart kredytowych.

W § 2 ust. 10 pkt 1 lit. g Wzoru umowy Zamawiający zastrzegł, że z uwagi na generowanie dodatkowych kosztów nie dopuszcza możliwości realizowania płatności kartami kredytowymi, wyjątek stanowią jedynie bilety low cost.

Zamawiający wykazał w przedmiotowym postępowaniu, składając plik dokumentów (faktur, faktur korygujących, korespondencji), że w praktyce realizacji umowy płatności kartą kredytową podwyższają opłatę za cenę biletów lotniczych o prowizję za użycie karty, która była często doliczana przez wykonawcę (w przypadku aktualnie realizowanej umowy - przez Odwołującego) w fakturze wystawianej Zamawiającemu.

Zważywszy, że jest to jedna z wielu form płatności dostępnych każdemu wykonawcy, wyłączenie przez Zamawiającego płatności kartą kredytową przez wykonawcę nie narusza uczciwej konkurencji i nie preferuje innych wykonawców. Zauważyć należy, że postanowienie powyższe w równym stopniu dotyczy wszystkich potencjalnych wykonawców ubiegających się o zamówienie. Nie ma także żadnych podstaw, by uznać, że jest to postanowienie, które ma na celu dyskryminowanie Odwołującego. W ocenie Izby, Zamawiający wyjaśnił w sposób wiarygodny, że postanowienie to nie jest ukierunkowane na ograniczenie konkurencji lecz ma na celu uniknięcie problemów z rozliczaniem kosztów świadczonych usług, zatem stanowi wymaganie uzasadnione w sposób obiektywny.

Zauważyć należy, że z treści art. 139 ust. 1 Pzp wynika jednoznacznie cywilistyczny charakter umów o zamówienie publiczne. Kodeks cywilny stosuje się w przypadkach gdy nie są one uregulowane ustawą Pzp. Co do zasady (z zastrzeżeniem tego, co napisano wcześniej) postanowienia umowne kształtuje w zamówieniach publicznych zamawiający zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zatem określenie postanowień i warunków umowy jest kompetencją zamawiającego i w związku z tym może

on "wymagać od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę na takich warunkach". (tak w wyroku KIO z dnia 25 lutego 2010 r. sygn. akt sprawy: KIO/UZP 69/10). Cywilistyczna zasada swobody umów w systemie zamówień publicznych uległa znacznemu ograniczeniu - po stronie zamawiającego z powodu niemożności swobodnego wyboru kontrahenta. Dlatego też zamawiający niejako w zamian ma prawo kształtowania warunków umowy, co z kolei powoduje, że wykonawca często ma ograniczony wpływ na kształt zawieranej umowy, ma jednak możliwość decydowania (przynajmniej prawną), czy chce z zamawiającym daną umowę podpisać. Umowa i jej postanowienia w wielu przypadkach (załączenia przez zamawiającego gotowego projektu umowy do SIWZ) są bowiem znane wykonawcy na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Uprzywilejowanie zamawiającego w relacji z wykonawcą wynika z faktu, że zamawiający działa w interesie publicznym. Zauważyć należy, że wykonawca może rekompensować sobie ryzyka, jakimi obciążony poprzez właściwą wycenę oferty (wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. sygn. akt sprawy: X Ga 67/08).

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wyeliminowanie przez Zamawiającego wykonawców, którzy swoją działalność prowadzą w oparciu o rozliczenia z liniami lotniczymi za pomocą kart kredytowych. Okoliczność ta nie została przez Odwołującego udowodniona. Zauważyć należy, że pomimo konieczności zachowania zasady uczciwej konkurencji, zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego obiektywne i rzeczywiste potrzeby. Zamawiający nie ma jednocześnie obowiązku dostosowywania swoich wymagań do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku danej branży. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten, czy inny sposób nie odpowiada części wykonawców, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Zatem za naruszenie zasady uczciwej konkurencji nie można uznać sytuacji, w której oferty nie może złożyć każdy wykonawca z danej branży.

Podsumowując, wobec niepotwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu, a także uwzględniając fakt, że wskazane przez Odwołującego naruszenie przepisów art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp nie zostało powiązane z żadnymi konkretnymi okolicznościami faktycznymi, Izba nie stwierdziła w przedmiotowym postępowaniu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i wewnętrznie sprzeczny oraz w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....