

WYROK

z dnia 15 czerwca 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2011 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2011 roku przez wykonawcę **MCI Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Fizyki Jądrowej im. Henryka Niewodniczańskiego Polskiej Akademii Nauk w Krakowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **WHY NOT USA D. Załoga, M. Nasternak Spółka jawna, FLY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **MCI Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **MCI Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **MCI Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **WHY NOT USA D. Załoga, M. Nasternak Spółka jawna, FLY**

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Fizyki Jądrowej im. Henryka Niewodniczańskiego Polskiej Akademii Nauk w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi w zakresie rezerwacji, sprzedaży i dostawy biletów lotniczych dla IFJ PAN w Krakowie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 3 czerwca 2011 roku wykonawca MCI Sp. z o.o. w Krakowie wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WHY NOT USA D. Załoga, M. Nasternak Spółka jawna, FLY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie.

Odwołujący się zarzucił wybranej ofercie:

1. Niezgodność przedstawionej oferty z istotnymi warunkami zamówienia, co winno skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Stosownie do Rozdziału 3 SIWZ: Opis przedmiotu zamówienia pkt 9 obowiązków wykonawcy w ramach realizacji zamówienia wykonawca zobowiązany jest do umożliwienia zamawiającemu monitorowania w systemie rezerwacyjnym historii rezerwacji, kalkulacji taryfy oraz zmian dokonywanych dla danego biletu lotniczego. W ocenie odwołującego się zaproponowany przez przystępującego system Amadeus nie spełnia tego warunku.
2. Niezgodność z przepisami ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwej konkurencji. Przystępujący w wyjaśnieniu z dnia 12 maja 2011 roku pisze, że zyski czerpie „przede wszystkim” z comission od linii lotniczych. Otóż commission od 95 % linii lotniczych to 0.01%. Zatem cała marża biura to 0,01pln plus 0,001% wartości biletu lotniczego. Taka marża wyraźnie wskazuje na działanie w warunkach nieuczciwej konkurencji.

W ocenie odwołującego się oferta przystępującego narusza przepisy ustawy Pzp i w związku z tym powinna zostać odrzucona w całości.

Pismem z dnia 9 czerwca 2011 roku – odpowiedź na odwołanie – zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W uzasadnieniu podniósł, że wymagał w warunkach udziału w postępowaniu wykazania dysponowania przez wykonawcę minimum jednym systemem rezerwacyjnym, jedną całodobową linią telefoniczną, dwoma stanowiskami do rezerwacji biletów oraz minimum dwiema osobami z ukończonym systemem IATA. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w SIWZ system rezerwacyjny musi dawać możliwość monitorowania kalkulacji taryfy.

Pismem z dnia 12 kwietnia 2011 roku na pytanie jednego z wykonawców zamawiający udzielił odpowiedzi, z której wynika, że akceptuje zaświadczenia o ukończonych kursach w zakresie sprzedaży, wyceny i wystawiania biletów lotniczych, które nie są wystawiane bezpośrednio przez IATA.

Przystępujący wykazał, że dysponuje pięcioma stanowiskami wyposażonymi w system Amadeus, dwoma stanowiskami wyposażonymi w system Galileo oraz pięcioma osobami, w tym cztery z tych osób mają szkolenie tylko z systemu Amadeus i/lub LOT, jedna osoba nie ukończyła żadnego szkolenia.

Zgodnie z wiedzą zamawiającego – system Amadeus nie daje zamawiającemu możliwości monitorowania w tym systemie kalkulacji taryfy. System Galileo daje taką możliwość, ale przystępujący nie dysponuje osobami z ukończonym kursem z systemu Galileo.

Zamawiający skonstatował, że przystępujący powołał się na:

- 1) korzystanie z systemu Amadeus nie spełniającego jednak wymogu z opisu przedmiotu zamówienia zawartego w pkt. 9 SIWZ oraz dysponowanie trzema osobami posiadającymi ukończony kurs z systemu Amadeus,
- 2) korzystanie z systemu Galileo, spełniającego wymogi SIWZ, ale nie dysponuje osobami posiadającymi ukończony kurs z obsługi systemu Galileo,
- 3) dysponowanie pięcioma osobami, w tym: jedna nie posiada żadnego szkolenia, dwie posiadają szkolenie Amadeus, jedna posiada szkolenie z systemu rezerwacyjnego Amadeus i szkolenie LOT, jedna posiada szkolenie LOT oraz Air France,
- 4) w treści oferty przystępujący nie wskazał na posługiwanie się systemami rezerwacyjnymi LOT i AirFrance, które i tak nie pozwalałyby na realizację wszystkich zamówień zamawiającego, gdyż korzysta on również z innych linii lotniczych (głównie Lufthansa).

W ocenie zamawiającego przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, nie daje rękojmi prawidłowej i zgodnej z SIWZ realizacji przedmiotu zamówienia i powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu.

Zgodnie z wiedzą zamawiającego commission waha się w zależności od linii lotniczej, trasy, promocji od kilku do ułamka procenta. W przeważającej liczbie przypadków wynosi ona 0,01%, ale liczona jest od podstawy wartości biletu lotniczego, bez opłat lotniskowych, paliwowych etc., które bardzo często stanowią blisko 50% wartości całego biletu lotniczego. W związku z tym zaproponowana przez przystępującego cena 0,01 zł + commission 0,01% wartości biletu stanowi rażąco niską cenę. Powoływanie się przez przystępującego na profity z innych tytułów bezpośrednio związanych ze świadczonymi usługami, np. zwroty od zrealizowanych planów sprzedażowych czy wzrostowych oraz faktem posiadania akredytacji IATA, tj. zwiększenie obrotów i otrzymywanie dodatkowych prowizji od określonych linii lotniczych jest niesprawdzalne przez zamawiającego i daje podstawę do uznania oferty przystępującego jak zawierającej rażąco niską cenę, a dodatkowo stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ stosowany jest dumping.

Pismem z dnia 10 czerwca 2011 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: WHY NOT USA D. Załoga, M. Nasternak sp. jawna i FLY Sp. z o.o. w Rzeszowie (przystępujący) przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. W tym samym piśmie przystępujący wniósł sprzeciw co do uznania przez zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W uzasadnieniu przystępujący oświadczył, że w złożonej ofercie wskazał, że ma 5 stanowisk komputerowych wyposażonych w system Amadeus, dwa stanowiska wyposażone w system Galileo, pięciu kasjerów, w tym cztery osoby z kursami Amadeusa lub LOT (które to kursy zostały dopuszczone przez zamawiającego jako tożsame z kursami IATA). Tym samym spełnił warunki określone w SIWZ.

Przystępujący stwierdził, że w żadnym z zapisów SIWZ nie ma postawionego warunku, iż osoby, które będą obsługiwały dany program muszą mieć szkolenie z tegoż programu. Nieścisłości w zapisach SIWZ muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Ponadto wyjaśnił, że posiada cztery osoby, które mają ukończone kursy z systemu Galileo.

Przystępujący stwierdził, że twierdzenie odwołującego, jakoby system Amadeus nie umożliwiał zamawiającemu monitorowania w systemie rezerwacyjnym historii rezerwacji, kalkulacji taryfy oraz zmian biletu jest całkowicie bezpodstawne i nie poparte żadnymi dowodami. System Amamdeus w pełni umożliwia spełnienie warunku zamawiającego w

zakresie monitoringu, na dowód czego przystępujący załączył pismo Amadeus Polska Sp. z o.o. – wyłącznego przedstawiciela systemu Amadeus na Polskę.

Oдноśnie zarzutu rażąco niskiej ceny przystępujący stwierdził, że zaproponowana przez wykonawcę cena za wystawienie biletu w wysokości 0,01 zł nie może być uznana za cenę rażąco niską z tego powodu, że jest to tylko jeden z elementów składających się na zysk firmy związany z realizacją umowy.

Oczywiście 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, która często wynosi blisko 50% jego końcowej wartości.

Oprócz dwóch powyżej wskazanych elementów składających się na zysk wykonawcy najważniejszym jest tzw. dodatkowa prowizja od zrealizowania określonych planów sprzedażowych/wzrostowych w liniach lotniczych. Wykonawca posiada/posiadał odrębne umowy z takimi liniami jak LOT, Lufthansa, Austrian Airlines, Brussels Airlines. Zawarte umowy przewidują tego typu prowizje dla wykonawcy. Czwartym elementem składającym się na zysk wykonawcy jest tzw. „budżet marketingowy”, który przyznaje system rezerwacyjny Amadeus od każdego odcinka połączenia lotniczego, który został wskazany w obliczeniu.

Przystępujący przedstawił kalkulację, z której wynika, iż jego zysk wyniesie 20.288,30 zł.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły bowiem dwie oferty, a zatem, gdyby oferta przystępującego została odrzucona, zamówienie prawdopodobnie przyznane zostałoby odwołującemu się.

Odnosząc się do konkretnych zarzutów Izba stwierdziła, co następuje:

Opisując przedmiot zamówienia zamawiający wskazał, że w ramach realizacji zamówienia wykonawca obowiązany jest między innymi umożliwić zamawiającemu monitorowanie w systemie rezerwacyjnym historii rezerwacji, kalkulacji taryfy oraz zmian dokonywanych dla danego biletu lotniczego (SIWZ, Rozdział 3 „Opis przedmiotu zamówienia pkt 9 str. 4).

Przystępujący do realizacji przedmiotu zamówienia zaoferował system Amadeus, w stosunku do którego odwołujący się podniósł zarzut nie spełniania wskazanego warunku.

Odpierając powyższy zarzut przystępujący przedstawił dowód w postaci oświadczenia Amadeus Polska Sp. z o.o., którego wynika, że w systemie rezerwacyjnym Amadeus dostępne są między innymi następujące okoliczności:

- 1) kalkulacja taryfowa danych tras podróży na podstawie wielu różnych kryteriów,
- 2) rekalkulacja istniejącej rezerwacji zarówno przed, jak i po wystawieniu biletu,
- 3) wygenerowanie historii rezerwacji do 4 lat wstecz uwzględniającej m.in. pełną historię dokonywanych wpisów i zmian (kto, kiedy, o której godzinie), zastosowanych kalkulacji taryf, wystawionych biletów itp.
- 4) wystawienie i zmiana/zwrot biletu lotniczego, o ile warunki taryfy pozwalają na jego zmianę/zwrot,
- 5) od listopada 2010 roku – narzędzie do automatycznej wymiany biletów – Amadeus Ticket Changer.

Do oświadczenia dołączone zostały wydruki komputerowe ze wskazanych wyżej operacji.

W ocenie Izby przedstawione dokumenty dowodzą, że system Amadeus wyposażony jest we wszystkie wymagane w przedmiotowym postępowaniu funkcje. Izba zwraca uwagę, że to na odwołującym się – zgodnie z wyrażoną w art. 6 k.c. zasadą rozkładu ciężaru dowodu – spoczywał obowiązek udowodnienia, że system Amadeus nie posiada wymaganych funkcji. Odwołujący się nie przedstawił żadnych dowodów uzasadniających jego stanowisko, oparł się na głośłownych twierdzeniach, których Izba uwzględnić nie mogła.

Izba nie uwzględniła także zarzutu rażąco niskiej ceny.

Izba ustaliła, że zamawiający pismem z dnia 11 maja 2011 roku wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Redakcja przepisu pozwala na wniosek, iż wymieniony w

nim katalog okoliczności mogących mieć wpływ na obniżenie ceny oferty nie jest katalogiem zamkniętym.

W wezwaniu z dnia 11 maja 2011 roku zamawiający w sposób bardzo ogólny wezwał do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i nie wskazał, jakie okoliczności będą dla niego istotne przy ocenie, czy odwołujący się zaoferował rażąco niską cenę, czy też nie. Przystępujący złożył wyjaśnienia, które zamawiający pierwotnie uznał za wystarczające. Odwołujący się zakwestionował wyjaśnienia przystępującego, ale odniósł się wyłącznie do commission, czyli prowizji od sprzedanego biletu lotniczego. Odwołujący się nie wskazał żadnego dowodu na poparcie prezentowanego przez siebie stanowiska, na rozprawie zaś twierdził jedynie, iż według wiedzy przystępujący nie ma zawartych umów, o których mowa w przystąpieniu do postępowania odwoławczego.

Podobnie jak w przypadku pierwszego z rozpoznawanych zarzutów, należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 6 K.c., mającym zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Oznacza to, że odwołujący się – podnosząc zarzut rażąco niskiej – winien był wskazać dowody na ich poparcie. Odwołujący się – jak to już wyżej powiedziano – dowodu takiego nie wskazał.

Izba oceniając wyjaśnienia przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny doszła do wniosku, że wyjaśnienia te są spójne i pozwalają na wniosek, że zaoferowana przez przystępującego cena nie jest rażąco niska.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....