

WYROK
z dnia 23 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2019 r. przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WhyNotTravel sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Kielnarowej oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bokka sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: eTravel S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Bankowe Biuro Podróży TravelBank sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2508/19 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WhyNotTravel sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Kielnarowej oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bokka sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WhyNotTravel sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Kielnarowej oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bokka sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Bank Gospodarstwa Krajowego, Al. Jerozolimskie 7, Warszawa 00-955 wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Stała i kompleksowa obsługa Banku Gospodarstwa Krajowego, w zakresie krajowych i zagranicznych podróży służbowych”, oznaczenie sprawy: DZZK/79/DLA/2019.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 171-417933. W przedmiotowym postępowaniu złożono 2 oferty.

Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący: Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kielnarowej oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bokka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach otrzymali w dniu 27 listopada 2019 r.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 9 grudnia 2019r. wniósł od Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od następujących, niezgodnych z przepisami prawa czynności Zamawiającego:

1. wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. zaniechania wykluczenia Wykonawcy: Konsorcjum firm eTravel S.A. oraz Bankowe Biuro Podróży „TravelBank” sp. z o.o., zwany dalej Przystępującym lub Konsorcjum) oraz zaniechania odrzucenia złożonej przez Konsorcjum oferty;
3. zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie, w jakim nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów prawa:

- I. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych(t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, które nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż dokumenty mające świadczyć o spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia zostały podpisane przez osobę nieuprawnioną i pomimo wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby, która podpisała dokumenty mające świadczyć o spełnianiu warunków przez Konsorcjum oraz o braku podstaw wykluczenia Konsorcjum z Postępowania odpowiedni dokument nie został

złożony, a Konsorcjum nie podjęło nawet próby skutecznego uzupełnienia takiego dokumentu.

II. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 38 ustawy Pzp z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1145), zwanej dalej kc oraz art. 104 kc, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która jest nieważna z uwagi na fakt, iż została podpisana i złożona przez osobę nieumocowaną do reprezentowania Konsorcjum, a pełnomocnictwo dla osoby podpisującej ofertę nie zostało uzupełnione na wezwanie;

III. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w sytuacji, w której pełnomocnictwo do reprezentowania Konsorcjum zostało udzielone niezgodnie z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 10a ust. 5 ustawy Pzp w związku z art. 99 § 1 kc, co wynika ze złożonych przez Konsorcjum 19 listopada 2019 r. dokumentów pełnomocnictwa.

IV. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż Konsorcjum nie udzieliło wyjaśnień zgodnie z wezwaniem, ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia lub przynajmniej, iż Konsorcjum nie wykazało braku obarczenia oferty Konsorcjum wadą rażąco niskiej ceny.

V. Naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez Zaniechanie odtajnienia części wyjaśnień, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- a) Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- b) Odrzucenia oferty Konsorcjum;
- c) Wykluczenia Konsorcjum z Postępowania;
- d) Dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, bez uwzględnienia oferty Konsorcjum.

W pierwszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę, że oferta Konsorcjum została podpisana w dniu 7 października 2019 r. przez Panią M.A. R., która nie figuruje w aktualnych odpisach KRS dotyczących któregośkolwiek z członków Konsorcjum, a pełnomocnictwo złożone wraz z ofertą okazało się wadliwe.

Zauważył również, że w takim stanie faktycznym Zamawiający pierwotnie dokonał wyboru oferty Konsorcjum, jako najkorzystniejszej już w dniu 31 października 2019 r., zaś w dniu 12 listopada 2019 r. Odwołujący odwołał się na tę czynność.

W konsekwencji, zgodnie z treścią pierwotnie złożonego odwołania, Zamawiający

podjął następujące czynności:

1. 14 listopada 2019 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. 15 listopada 2019 r. wezwał Konsorcjum na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp do uzupełnienia pełnomocnictwa dla Pani M. R.;
3. 15 listopada 2019 r. wezwał Konsorcjum na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny.

W związku z tym zaznaczył, że w odpowiedzi Konsorcjum złożyło:

1. Pełnomocnictwo z 19 listopada 2019 r. dla lidera;
2. Pełnomocnictwo z 19 listopada 2019 r. dla Pani M. R.;
3. Pismo przewodnie wskazujące na wadliwość pełnomocnictw udzielonych pierwotnie;
4. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oznaczone w całości, jako tajemnica przedsiębiorstwa (nie zostały udostępnione Odwołującemu).

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wskazał, że na podstawie art. 38 kc osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie. Zgodnie z art. 201 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 505), zwanej dalej ksh Wykonawca Bankowe Biuro Podróży „TravelBank” sp. z o.o. powinien być reprezentowany przez zarząd. Tak samo powinien działać również Wykonawca eTravel S.A., co wynika z art. 386 § 1 ksh.

Podniósł, że oferta Konsorcjum została podpisana przez Panią M. R., która nie należy do członków zarządu eTravel S.A. ani Bankowego Biura Podróży „TravelBank” sp. z o.o. Jak wynika z okoliczności niespornych w niniejszej sprawie, do oferty Konsorcjum zostało załączone pełnomocnictwo, które upoważniało Panią M. R. do reprezentowania wyłącznie jednego z członków Konsorcjum — eTravel S.A. Natomiast żaden ze złożonych wraz z ofertą dokumentów nie potwierdzał, iż była ona upoważniona do reprezentowania całego Konsorcjum łącznie lub każdego z jego członków osobno. Do dnia 19 listopada 2019 r. nie zostało złożone pełnomocnictwo, które upoważniałoby Panią M. R. do reprezentowania Bankowego Biura Podróży „TravelBank” sp. z o.o.

Zarzucił, że doszło do naruszenia art. 23 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż osoba podpisująca ofertę nie wykazała umocowania do działania w imieniu obu podmiotów występujących wspólnie.

Stwierdził przy tym, że w okolicznościach niniejszej sprawy faktem niespornym jest, iż

pierwotne pełnomocnictwa były wadliwe, bowiem pełnomocnictwo dla Pani M. R. zostało udzielone w dniu 1 października 2019 r. przez osoby, które same zostały umocowane do działania w imieniu jednego z członków konsorcjum, tj. Bankowego Biura Podróży „TravelBank” sp. z o.o. dopiero w dniu 3 października 2019 r.

Z powyższego wynika – zdaniem Odwołującego, iż w dniu 7 października 2019 r., tj. w dniu upływu terminu składania ofert, Pani M. R. nie posiadała umocowania, wyrażonego w odpowiedniej formie, do reprezentowania obu członków Konsorcjum.

Zwrócił uwagę, że tego powodu w dniu 15 listopada 2019 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum, w trybie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, do złożenia prawidłowego pełnomocnictwa, a w odpowiedzi, Konsorcjum złożyło pełnomocnictwa z dnia 19 listopada 2019 r., zarówno dla Lidera, jak i dla Pani M. R.

W ocenie Odwołującego - do uzupełnienia brakującego dokumentu pełnomocnictwa nie doszło, a zamiast tego złożono kolejny ciąg pełnomocnictw. Na podstawie tych pełnomocnictw Pani M. R. może działać w imieniu całego Konsorcjum od dnia 19 listopada 2019 r.

Odwołujący zauważył, iż skoro pełnomocnictwo uzupełnione przez Konsorcjum zostało opatrzone datą 19 listopada 2019 r. to zostało niewątpliwie wystawione po upływie terminu składania ofert. Innymi słowy żaden przedstawiony przez Konsorcjum dokument nie potwierdza – według Odwołującego, iż pełnomocnictwo do reprezentowania całego Konsorcjum zostało udzielone w odpowiedniej formie na dzień 7 listopada 2019 r.

Zaznaczył przy tym, że dla sprawy nie ma przy tym znaczenia, czy Pani M. R. posiadała odpowiednie upoważnienia ustne lub wyrażone w innej nieodpowiedniej formie już wcześniej.

Nadto, wskazał, iż dokument pełnomocnictwa wystawionego w dniu 19 listopada 2019 r. dla Pani M. R., ponad treść pełnomocnictwa, zawiera następujące oświadczenie: „Jednocześnie potwierdzamy istnienie umocowania Pani M. (R...) do dokonania czynności podpisania oferty oraz dokumentu JEDZ na dzień ich dokonania”.

Podniósł również, że w pełnomocnictwie dla Lidera wskazano, iż „Jednocześnie potwierdzamy istnienie umocowania Spółki eTravel S.A. do dokonania czynności udzielenia pełnomocnictwa Pani M. R. na dzień jej dokonania”.

Podkreślił, iż wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest do przedłożenia dokumentu pełnomocnictwa w odpowiedniej formie.

Odwołujący stanął na stanowisku, że niedopuszczalne w tym zakresie jest zastąpienie pełnomocnictwa oświadczeniem Wykonawcy, iż takie pełnomocnictwo było udzielone.

Innymi słowy złożenie w treści pełnomocnictw oświadczenia wiedzy, iż „Jednocześnie potwierdzamy istnienie umocowania Pani M. R.(...) do dokonania czynności podpisania oferty oraz dokumentu JEDZ na dzień ich dokonania” nie odnoszą żadnego skutku w postępowaniu — konieczne było przedstawienie pełnomocnictwa w odpowiedniej formie, z którego wynikałoby umocowanie dla Pani M. R. w dniu 7 października 2019 r., a taki dokument nie został przedstawiony.

Dalej, wywodził, że jeżeli uznać, iż sformułowanie „Jednocześnie potwierdzamy istnienie umocowania Pani M. R. do dokonania czynności podpisania oferty oraz dokumentu JEDZ na dzień ich dokonania” nie stanowi oświadczenia wiedzy, natomiast jest oświadczeniem woli do potwierdzenia czynności nieważnej to również takie oświadczenie nie pozwala na przywrócenie oferty Konsorcjum do postępowania, bowiem Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji potwierdzenia pełnomocnictwa, a jedynie jego uzupełnienie.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 38 kc oraz art. 104 kc Odwołujący wyraził przekonanie, że złożone w dniu 19 listopada pełnomocnictwa oraz oświadczenia zawarte w ich treści nie pozwalają na uznanie, iż Konsorcjum na wezwanie Zamawiającego złożyło niewadliwe pełnomocnictwa lub, iż pełnomocnictwo złożone pierwotnie było niewadliwe.

Zdaniem Odwołującego - nieuzupełnienie pełnomocnictw na wezwanie skutkuje odrzuceniem oferty, gdyż jest ona nieważna na podstawie art. 104 kc.

Po pierwsze wskazał, iż zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Procedura sanacyjna wobec błędnie złożonego pełnomocnictwa została tymczasem przewidziana przepisami ustawy Pzp. Art. 26 ust. 3a Pzp stanowi, iż jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wzywa do ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym. Przepis ten nie przewiduje natomiast możliwości potwierdzenia wadliwego pełnomocnictwa. Należy więc uznać – w ocenie Odwołującego, iż

przepisy ustawy w tym zakresie stanowią inaczej i nie jest możliwe zastosowanie procedury przewidzianej z art. 103 § 1 kc w związku z art. 104 kc.

Dodatkowo, wyjaśnił, że w odpowiedzi na wezwanie z 15 listopada 2019 r. Konsorcjum złożyło pełnomocnictwa z dnia 19 listopada 2019 r.

Według Odwołującego - pełnomocnictwo to nie stanowi umocowania pełnomocnika, Pani M. R., do reprezentowania całego Konsorcjum lub do reprezentowania Wykonawcy Bankowe Biuro Podróży „TravelBank” sp. z o.o. na dzień 7 października 2019 r.

Poza tym, w ocenie Odwołującego - stanowi niedozwoloną próbę potwierdzenia złożonego pierwotnie pełnomocnictwa.

W związku z powyższym należy uznać – w przekonaniu Odwołującego, iż czynność złożenia oferty została dokonana przez rzekomego pełnomocnika i jest na podstawie art. 104 kc nieważna.

Po drugie, wskazał, że zgodnie z treścią art. 104 kc w przypadku jednostronnej czynności prawnej dokonanej w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest ona nieważna, co wypełnia hipotezę normy nakazującej odrzucenie oferty w art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp. Należy więc uznać, iż próby potwierdzenia błędnie złożonego pełnomocnictwa jedynie potwierdzają konieczność odrzucenia oferty Konsorcjum z postępowania, gdyż ponad wszelką wątpliwość, od 7 października 2019 r. aż do 19 listopada 2019 r. oferta Konsorcjum pozostawała nieważna.

Argumentował, że zastosowanie procedury z art. 103 § 1 kc w związku z art. 104 kc uzależnione jest od wyrażenia zgody na działanie bez umocowania przez odbiorcę oświadczenia, czyli w tym przypadku przez Zamawiającego (art. 104 kc zd 2 ad principio).

Przekonywał, że Zamawiający nie może wyrazić takiej zgody, gdyż przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp wprost nakazuje Zamawiającemu odrzucić ofertę nieważną na podstawie odrębnych przepisów i nie przewiduje się od tego wyjątków.

Zauważył, iż zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego do wyrażenia takiej zgody w Postępowaniu nie doszło, a zatem wszelkie próby potwierdzenia pełnomocnictw, które podjęło Konsorcjum, są więc nieskuteczne również na tle przepisów kc, a wszystkie podjęte przez rzekomego pełnomocnika czynności są nieważne na podstawie art. 104 kc.

Po trzecie, wskazał, że złożone w pełnomocnictwach z dnia 19 listopada 2019r. oświadczenie pozostaje w sprzeczności z treścią złożonych pełnomocnictw oraz z ustalonym już w postępowaniu stanem faktycznym i prawnym, bowiem na podstawie pełnomocnictwa z 1 października 2019 r. Pani M. R. nie była upoważniona do działania w imieniu Bankowego Biura Podróży „TravelBank” sp. z o.o., gdyż podmiot udzielający Pełnomocnictwa dla Pani M. R. sam nie był 1 października 2019 r. umocowany do działania w imieniu Bankowego Biura Podróży „TravelBank” sp. z o.o.

Zaznaczył, że oba złożone na wezwanie Zamawiającego pełnomocnictwa są oznaczone datą 19 listopada 2019 r., a dopiero w tym terminie Pani M. R. została skutecznie umocowana do działania w imieniu Konsorcjum.

Zwrócił przy tym uwagę, że w postępowaniu nie zostały przedstawione dokumenty pełnomocnictw, które chociażby mogły stwierdzać umocowanie dla Pani M. R. do działania w imieniu Bankowego Biura Podróży „TravelBank” sp. z o.o. przed 7 października 2019 r.

Reasumując, wyraził pogląd, że treść oświadczenia „Jednocześnie potwierdzamy istnienie umocowania Pani M. R. do dokonania czynności podpisania oferty oraz dokumentu JEDZ na dzień ich dokonania” jest sprzeczna z oznaczeniem pełnomocnictwa datą 19 listopada 2019 r. oraz z datami pobranymi z komputerów osób udzielających pełnomocnictwa przy składaniu podpisów. W takim razie jest to oświadczenie niewiarygodne.

Po czwarte, podniósł, że zgodnie z art. 99 § 1 kc pełnomocnictwo do złożenia oferty w formie szczególnej, musi dla swojej ważności mieć tę samą formę, a w tym postępowaniu oferta powinna być zostać w formie elektronicznej opatrzonej podpisem kwalifikowanym (rozdział XIV pkt 14.5 pkt 5 SIWZ, rozdział XVII pkt 17.2 SIWZ oraz art. 10a ust. 5 ustawy Pzp). Ergo pełnomocnictwo, które upoważniałoby Panią M. R. do działania w imieniu Bankowego Biura Podróży „TravelBank” sp. z o.o. powinno być zostać wystawione w formie elektronicznej opatrzonej podpisem kwalifikowanym.

Podkreślił, że w dniu 7 października 2019 r. Pani M. R. nie była upoważniona do reprezentowania Bankowego Biura Podróży „TravelBank” sp. z o.o. na podstawie pełnomocnictwa wystawionego w formie elektronicznej opatrzonego podpisem kwalifikowanym, a przynajmniej taki dokument nie został przedstawiony nawet na wezwanie przez Zamawiającego.

Jeżeli więc nawet Konsorcjum udzieliło upoważnienia dla Pani M. R. w formie innej niż przewidziana zgodnie z art. 10a ust. 5 pzp w związku z art. 99 § 1 kc, to takie

pełnomocnictwo nie może – zdaniem Odwołującego - być w późniejszym terminie uzupełnione pełnomocnictwem złożonym w odpowiedniej formie.

Podkreślił, że w chwili składania oferty Pani M. R. nie była umocowana do działania w imieniu Konsorcjum, czyli złożona przez nią w formie elektronicznej opatrzonej podpisem kwalifikowanym oferta była nieważna podstawie art. 104 kc w w związku z art. 99 § 1 kc.

W części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 24 ust. 12 ustawy Pzp Odwołujący stwierdził, że potwierdzenie wyrażone w dokumencie pełnomocnictwa z dnia 19 listopada 2019 r. obejmuje wyłącznie „czynności podpisania oferty oraz dokumentu JEDZ na dzień ich dokonania”. Nie dotyczy natomiast złożenia i potwierdzenia za zgodność z oryginałem dokumentów składanych przez Konsorcjum lub samodzielnie przez Wykonawcę TravelBank sp. z o.o. dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia.

Powołał się przy tym na § 14 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zwanego dalej Rozporządzeniem, zgodnie z którym dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem.

Jednocześnie powołał się na § 14 ust. 3 Rozporządzenia stosownie, do którego oświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów lub oświadczeń, które każdego z nich dotyczą.

Zdaniem Odwołującego - wykładnia § 14 ust. 2 Rozporządzenia w związku z § 14 ust. 3 Rozporządzenia prowadzi do wniosku, iż złożenie dokumentu w postaci kopii niepoświadczonej za zgodność z oryginałem lub poświadczonej za zgodność z oryginałem przez osobę nieuprawnioną nie stanowi złożenia odpowiedniego dokumentu.

Wyjaśnił, że Pani M. R. złożyła 25 października 2019 r. następujące dokumenty, do których złożenia nie była upoważniona:

1. Dokument odpowiadający swoją treścią załącznikowi nr 5 do SIWZ Wykaz- Doświadczenie;
2. Dokument odpowiadający swoją treścią załącznikowi nr 6 do SIWZ

Wykaz - Potencjał Kadrowy.

Zaznaczył również, że Pani M. R. potwierdziła w dniu 25 października 2019 r. następujące dokumenty, do których potwierdzenia za zgodność z oryginałem nie była upoważniona:

1. Zapytanie o udzielenie informacji o osobie A. A. B.;
2. Zapytanie o udzielenie informacji o osobie T. M. S.;
3. Zapytanie o udzielenie informacji o osobie M. S.;
4. Zapytanie o udzielenie informacji o osobie J. M. Z.;
5. Zapytanie o udzielenie informacji o osobie W. K.;
6. Zapytanie o udzielenie informacji o podmiocie zbiorowym Bankowe Biuro Podróży „TravelBank” sp. z o.o.
7. Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości dot. Bankowego Biura Podróży „TravelBank” sp. z o.o.
8. Zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek dot. Bankowego Biura Podróży „TravelBank” sp. z o.o.

Wyjaśnił, że złożenie wszystkich ww. dokumentów było wymagane przez Zamawiającego zgodnie z rozdziałem VIII pkt 8.4 ppkt 2-6 SIWZ, a wobec tego należało uznać, iż dokumenty te nie zostały złożone.

Kolejny zarzut dotyczył naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący przypomniał, że w odniesieniu do ceny Zamawiający wymagał w SIWZ:

- Pkt 11.2 „SIWZ Ceny brutto podane w formularzu „Oferta” (załącznik nr 3 do SIWZ) muszą zawierać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia;” - innymi słowy wykluczone jest – według Odwołującego - świadczenie usług poniżej kosztów ponoszonych przez Wykonawcę;
- Pkt 11.3 SIWZ „Wykonawca podaje ceny dla wszystkich pozycji zamówienia wymienionych w formularzu cenowym zawartym w formularzu „Oferta”, wyszczególnionych na podstawie wymagań Zamawiającego zawartych w OPZ oraz IPU, a ich suma będzie stanowić łączną cenę oferty brutto. Cena oferty, jak również wartości poszczególnych pozycji wymienionych w formularzu cenowym muszą zostać określone brutto, tj. z podatkiem od towarów i usług (VAT). Przyjęta stawka podatku VAT musi być zgodna z przepisami obowiązującymi w dniu składania ofert.” - Zdaniem Odwołującego - z powyższego wynika, iż podane w formularzu cenowym opłaty transakcyjne stanowią ceny jednostkowe i zarazem istotny element ceny.

- Pkt 11.4 SIWZ „Podane w rozdziale XII SIWZ ilości i koszty biletów oraz usług hotelarskich są szacunkowe i służą do wyliczenia ceny oferty i porównania złożonych ofert. Płatności dla Wykonawcy będą realizowane zgodnie z zasadami opisanymi w OPZ oraz IPU. Wykonawca gwarantuje stałą wysokość zaoferowanych opłat transakcyjnych oraz upustów w całym okresie obowiązywania umowy - zgodnie ze złożoną ofertą. Z tytułu niezrealizowania wskazanych przez Zamawiającego liczb i kosztów biletów, usług hotelowych, kosztów dodatkowych, o których mowa w zdaniu pierwszym powyżej, Wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia” — zdaniem Odwołującego - takie określenie przedmiotu zamówienia wyklucza możliwość przenoszenia kosztów pomiędzy pozycjami.

Reasumując, wyraził przekonanie, że podane ceny opłat transakcyjnych powinny być realne i pokrywać wszelkie koszty wykonania zamówienia, a zatem wykluczone jest przenoszenie kosztów pomiędzy elementami ceny. Ponadto, opłaty transakcyjne podlegają badaniu, jako element ceny.

Dodatkowo, podkreślił, że wykonawca powinien tak skalkulować ceny jednostkowe (opłaty transakcyjne), by zawierały one wszystkie niezbędne koszty realizacji danej usługi, której określona opłata transakcyjna dotyczy, co wynika bezpośrednio z pkt 11.2 SIWZ, a zatem wysokość każdej z opłat musi być realna, zawierać nie tylko wszelkie koszty wykonania danej usługi, ale również rezerwę na ryzyka związane z realizacją danej usługi, a także przewidywany zysk.

Podniósł, że zgodnie z pkt 11.3 SIWZ cena całkowita w postępowaniu nie jest ceną ryczałtową i wobec tego nie jest możliwe ewentualne pokrywanie kosztów czy strat w ramach innych wykonanych usług. Koszty, rezerwy oraz zysk muszą być przypisane w stosunku do konkretnej, podanej wysokości opłaty transakcyjnej.

Wyjaśnił, że Konsorcjum wskazało cenę w wysokości 0,01 zł we wszystkich pozycjach.

W związku z powyższym stwierdził, że nie da się realnie wykonać nabywanej przez Zamawiającego usługi za 0,01 zł.

Zwrócił uwagę, że minimalne wynagrodzenie w Polsce w 2019 r. wynosi: 2 250 zł brutto miesięcznie; a po uwzględnieniu kosztów pracodawcy: 2 710,81 zł brutto miesięcznie, co oznacza, iż aby zarobić tylko na swoje wynagrodzenie, pracownik musiałby wystawiać jedną rezerwację co ok. 1-2 sekundy.

Przekonywał, że faktem notoryjnym jest, iż nie jest to realne w sytuacji, w której obsługa ma odbywać się nie przez zautomatyzowany system, ale za pośrednictwem poczty elektronicznej lub telefonicznie, czyli zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (tak: § 3 ust. 1 Załącznika nr 2 do SIWZ Istotne Postanowienia Umowy).

Odwołujący zauważył, że zgodnie z wezwaniem Zamawiającego Wykonawca zobowiązany był do „przedstawienia obliczeń i kalkulacji cenowych wyjaśniających sposób wyliczenia zaproponowanej ceny ofertowej.”.

Argumentował, że przytoczone wcześniej zapisy dokumentacji postępowania oraz wykładania użytego w liczbie mnogiej słów „obliczeń i kalkulacji” wskazuje na fakt, iż Konsorcjum było zobowiązane do przedstawienia osobnej kalkulacji dla każdej usługi.

Wskazuje na to również treść oferty złożona przez Konsorcjum, w szczególności podział osób na stanowiska dokonany w Wykazie Osób.

Zdaniem Odwołującego - kalkulacja w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny powinna wskazywać na koszt wykonania usługi oraz przedstawiać przychody i ostatecznie zysk zakładany z realizacji poszczególnych usług.

Przekonywał, że w ramach kosztu Konsorcjum było zobowiązane w szczególności uwzględnić realne kwoty wypłacanych przez siebie wynagrodzeń, przy czym koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie mogła być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650).

Niemniej użycie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny stawki wynagrodzenia chociaż zbliżonej do minimalnej będzie stanowiło - zdaniem Odwołującego - manipulację i w konsekwencji świadczyło o nierzetelności złożonych wyjaśnień.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż:

1. Wszystkie osoby wymienione w wykazie osób są zatrudnione w Warszawie;
2. Kadra zajmująca się rezerwacjami lotniczymi jest złożona z kasjerów posiadających odpowiednio 13, 20 i 24 lata doświadczenia;
3. Kadra zajmująca się rezerwacjami hotelowymi jest złożona z osób posiadających odpowiednio 9 i 14 lat doświadczenia.

Zauważył, iż ceny opłat transakcyjnych za bilety kolejowe, tak na trasach krajowych, jak i zagranicznych podane przez Konsorcjum są do tego stopnia nierealne, iż zdaniem Odwołującego nie jest możliwe ich wyjaśnienie.

Nawet, Odwołujący wskazał, że jeżeli Konsorcjum posiada prowizje w tym zakresie to wypłacane kwoty nie będą wystarczające na pokrycie kosztów wykonania zamówienia.

Zauważył, że ceny biletów kolejowych są znacząco niższe od biletów lotniczych, a nawet rezerwacji hotelowych.

Zdaniem Odwołującego - wykluczone jest więc zaoferowanie ceny za wystawienie biletu kolejowego w wysokości 0,01 zł na rynku zamówień publicznych niezależnie od zapisów dokumentacji postępowania.

Według Odwołującego - nie można również pominąć faktu, iż Konsorcjum zaoferowało, aż 4,5% upustu na usługi hotelowe krajowe i zagraniczne.

W ocenie Odwołującego - udzielony upust stanowi koszt realizacji zamówienia i pomniejsza średnio zysk z realizacji usług hotelowych o:

1. 13,5 zł w przypadku pojedynczych rezerwacji hotelowych krajowych;
2. 45 zł w przypadku pojedynczych rezerwacji hotelowych zagranicznych w krajach EOG i EFTA;
3. 76,50 zł w przypadku pojedynczych rezerwacji hotelowych zagranicznych poza krajami EOG i EFTA.

Nieuwzględnienie ww. kosztów powoduje według zapatrywania Odwołującego, iż wyjaśnienia Konsorcjum powinny zostać uznane za przygotowane nierzetelnie, niepełne i w związku z tym skutkujące koniecznością odrzucenia oferty Konsorcjum.

Odwołujący stanął na stanowisku, że w odniesieniu do biletów lotniczych do krajów nie należących do EOG lub EFTA cena opłaty transakcyjnej, zgodnie z pkt II. A. 4 OPZ, powinna obejmować „wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie wszystkich czynności związanych z wystawieniem jednego biletu lotniczego (krajowego lub zagranicznego), uzyskaniem wizy lub organizacją transportu w miejscu destynacji.

Zgodnie z wykazem obejmującym potencjał kadrowy Konsorcjum do wykonania takiego zlecenia zostaną więc zaangażowane dwie osoby: (i) wykwalifikowany kasjer lotniczy oraz (ii) osoba zajmująca się formalnościami wizowymi.

Ponadto, wskazał, że w tym przypadku do ceny wykonania usługi należy również doliczyć koszt doręczenia wizy do siedziby Zamawiającego — wizy, co do zasady nie są wystawiane elektronicznie tylko wbijane do paszportu podróznego.

Nieuwzględnienie ww. kosztów powinno - zdaniem Odwołującego - prowadzić do uznania wyjaśnień za przygotowane nierzetelnie, niepełne i w związku z tym skutkujące koniecznością odrzucenia oferty Konsorcjum.

Wyjaśnił przy tym, że bilety lotnicze krajowe są to zwykle połączenia jednosegmentowe o średniej cenie przyjętej w postępowaniu na poziomie 400 zł.

Zaznaczył przy tym, że zgodnie z pkt II.A.3. OPZ cena ta została już przedstawiona wraz z ceną podatków, opłat lotniskowych itp.

Zdaniem Odwołującego - w zakresie lotów krajowych prowizje będą więc znacząco niższe niż prowizje w zakresie pozostałych biletów lotniczych. Prowizje te będą tak niskie, iż nie wystarczą na pokrycie wynagrodzenia kasjera lotniczego zatrudnionego w Warszawie i posiadającego przynajmniej 13 lat doświadczenia, jako kasjer.

W odniesieniu do biletów lotniczych zagranicznych Odwołujący podniósł, iż cena oferty mogłaby być realna w przypadku innej jej konstrukcji przez Konsorcjum.

Natomiast z uwagi na fakt, iż wskazano kadrę kasjerów lotniczych zatrudnionych w Warszawie i posiadających duże, przynajmniej 13 letnie doświadczenie na rynku, opłata transakcyjna w wysokości 0,01 zł powiększona o prowizje od linii lotniczych oraz prowizje od systemów GDS okaże się niewystarczająca na pokrycie kosztów wystawienia biletu lotniczego przez tak doświadczoną kadrę zlokalizowaną w Warszawie.

Dodatkowo wskazał, iż oferta podlega odrzuceniu nie tylko, gdy zawiera rażąco niską cenę, ale również kiedy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie złożył wyjaśnień lub złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp) oraz, iż ciężar udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy wezwanym do wyjaśnień (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp), czyli Konsorcjum.

Zdaniem Odwołującego - Konsorcjum nie przedstawiło odpowiednich dowodów w zakresie kosztów pracy, kosztów biura oraz innych kosztów logistycznych (dostarczanie wiz), a także dowodów dotyczących otrzymywanych przez Konsorcjum prowizji w odniesieniu do

wszystkich i każdej ze świadczonych usług.

Z ostrożności podniósł, iż prowizje otrzymywane przez Konsorcjum nie są wystarczające w celu realizacji zamówienia właściwie bez opłaty transakcyjnej (0,01 zł), więc jakiegokolwiek dowody złożone w tym zakresie nie potwierdzają braku rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum.

Odwołujący przyznał, że nie uzyskał dostępu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum, lecz pomimo to w rzeczywistości złożone wyjaśnienia muszą potwierdzać, iż oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż cena wskazana w ofercie Konsorcjum faktycznie jest poniżej możliwości tego Wykonawcy. Zarówno w zakresie pojedynczych opłat transakcyjnych, jak i w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż przedstawione wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zostały podpisane przez osobę nieumocowaną, bez odpowiedniego pełnomocnictwa do działania w postępowaniu, zgodnie z uzasadnieniem pozostałych zarzutów w odwołaniu, co oznacza, iż należy je traktować, jako w ogóle niezłożone.

W odniesieniu do zarzutu naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zwrócił uwagę, iż takie elementy, jak data złożenia wyjaśnień, dane osoby podpisującej wyjaśnienia, uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, rodzaj załączników oraz inne informacje, które nie posiadają wartości gospodarczej lub zostały już przez Konsorcjum ujawnione, są jawne.

Z uwagi na nieudostępnie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący dodatkowo podniósł, iż takie uzasadnienie w ogóle nie zostało przez Konsorcjum złożone, a więc zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp całe wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są jawne.

Pismem z dnia 13 grudnia 2019r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: eTravel S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Bankowe Biuro Podróży TravelBank sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 20 grudnia 2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego wraz z

pełnomocnictwami, wezwania Zamawiającego z dnia 15 listopada 2019r. do uzupełnienia pełnomocnictwa poprzez złożenie prawidłowego pełnomocnictwa dla M. R., odpowiedzi Przystępującego na to wezwanie z dnia 20 listopada 2019 r. wraz z pełnomocnictwami z dnia 19 listopada 2019 r., wezwania Zamawiającego z dnia 15 listopada 2019 r. do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pisma Przystępującego z dnia 20 listopada 2019 r. wyjaśniającego rażąco niską cenę wraz z załącznikami, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 20 grudnia 2019 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień i dokumentów Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.8 ust.3, art.24 ust.1 pkt 12, art.89 ust.1 pkt 1, pkt 4, pkt 8 oraz 90 ust.3 ustawy Pzp, a także art.104 k.c. w związku z przepisem art.89 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający nie zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego z powodu niezgodności jej treści z ustawą, z powodu wystąpienia rażąco niskiej ceny, w warunkach jej nieważności na podstawie odrębnych przepisów, a także czy Zamawiający był zobowiązany do odtajnienia daty złożenia wyjaśnień, danych osoby podpisującej wyjaśnienia, uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, rodzaju załączników oraz innych informacji, które nie posiadają wartości gospodarczej lub zostały już przez Konsorcjum ujawnione.

Przechodząc do rozpoznania zarzutu odwołania dotyczącego nieprawidłowego pełnomocnictwa Przystępującego do złożenia oferty i innych dokumentów w toku przetargu, Izba reprezentuje pogląd o prawnie dopuszczalnej możliwości uzupełnienia pełnomocnictwa, które zostało potwierdzone po terminie składania ofert w następstwie wezwania Zamawiającego do jego uzupełnienia.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia sporu, że pismem z dnia 15 listopada 2019 r. Zamawiający w działając na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy wezwał Przystępującego do uzupełnienia pełnomocnictwa poprzez złożenie prawidłowego pełnomocnictwa dla Pani M. R.

Zgodnie z art.26 ust.3a ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wzywa do ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Izba stwierdziła również, że Zamawiający w swoim wezwaniu wyjaśnił Przystępującemu, iż oferta Wykonawcy została podpisana 7 października 2019 r. przez Panią M. R, która podpisała i złożyła ofertę na podstawie pełnomocnictwa udzielonego w dniu 1 października 2019 r. (ostatnia data przy podpisach na pełnomocnictwie) przez eTravel S.A.

Zamawiający w wezwaniu tym wskazał również, że do oferty załączone zostało również pełnomocnictwo szczególne do działania w przedmiotowym postępowaniu dla eTravel S.A. przez drugiego konsorcjanta - Bankowe Biuro Podróży „Travelbank” Sp. z o.o. oznaczone pięcioma różnymi datami, przy czym ostatnią datą przy kwalifikowanym podpisie elektronicznym jest dzień 3 października 2019 r. Tak więc, pełnomocnictwo dla Pani M. R. zostało udzielone przed udzieleniem pełnomocnictwa dla eTravel S.A.

Zamawiający wyjaśnił Przystępującemu także, w dniu udzielenia pełnomocnictwa Pani M. R. spółka eTravel S.A. nie miała umocowania do działania w imieniu spółki Bankowe Biuro Podróży „TravelBank” sp. z o.o., które otrzymała dopiero 3 października 2019 r. Tymczasem pełnomocnictwo dla Pani M. R. zostało udzielone 1 października 2019 r. W dniu 1 października 2019 r. spółka eTravel S.A. działała bez umocowania drugiego członka konsorcjum.

Oceniając powyższe wezwanie Zamawiającego, Izba dostrzegła również, że Zamawiający w jego treści zawarł dyrektywę skierowaną do Przystępującego wskazując, że prawidłowe pełnomocnictwo przedłożone na wezwanie Zamawiającego winno potwierdzać istnienie umocowania do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania. Z treści pełnomocnictwa musi wynikać, że na dzień dokonywania czynności pełnomocnik - Pani M. R., był do tego upoważniony.

Zamawiający pouczył w tym wezwaniu Przystępującego, że możliwe jest przedłożenie pełnomocnictwa z datą adekwatną do daty dokonania czynności, a także z datą późniejszą, jeżeli z treści pełnomocnictwa wynika, iż pełnomocnik był umocowany do dokonania czynności w chwili jej dokonania, np. w chwili podpisania oferty i oświadczeń, w tym JEDZ.

Izba ustaliła również, że w złożonym pełnomocnictwie dla M. R. znalazło się oświadczenie o potwierdzeniu istnienia umocowania dla tej osoby do dokonania czynności podpisania oferty oraz dokumentu JEDZ na dzień ich dokonania, zaś w uzupełnionym pełnomocnictwie ustanawiającym Lidera Konsorcjum, Spółkę eTravel S. A. z siedzibą w Warszawie potwierdzono istnienie umocowania Spółki eTravel S.A. do dokonania czynności udzielenia pełnomocnictwa Pani M. R. na dzień jej dokonania.

Z zestawienia powyższych dokumentów wynika w sposób nie budzący wątpliwości, że Przystępujący ściśle zastosował się do żądania Zamawiającego potwierdzając istnienie umocowania do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania, a także przedkładając pełnomocnictwa z datą późniejszą, z których treści wynikało, iż pełnomocnik był umocowany do dokonania czynności w chwili jej dokonania.

Przechodząc do oceny prawnej niniejszej sprawy, wymaga wskazania, że zgodnie z art.14 ust.1 ustawy pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

W myśl przepisu art. 70¹ § 4 k.c. organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu.

Z powyższego przepisu wynika w sposób jednoznaczny, że uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zobowiązany do stosowania się do zasad ustalonych w SIWZ, a także wynikających z treści wezwań Zamawiającego.

Według zapatrywania Izby – Przystępujący takiemu rygorowi się skutecznie podał przekazując prawidłowe, potwierdzone pełnomocnictwo.

Wymaga zauważenia, że pierwotne pełnomocnictwa załączone przez Przystępującego do oferty były wadliwe.

Zdaniem Izby - art. 26 ust.3a ustawy Pzp nie określa jakie wady świadczą o nieważności pełnomocnictwa, a także nie odpowiada na pytanie czy ważne jest pełnomocnictwo wystawione po dacie składania ofert.

W związku z tym, odpowiedź na powyższe wątpliwości może wymagać zabiegów

interpretacyjnych poprzez przejście na grunt kodeksu cywilnego z cyt. wyżej odesłania, o którym mowa w art.14 ustawy Pzp.

Omówienia w tym przypadku wymaga przepis art. 104 zd.1 k.c., na który powołuje się Odwołujący, stanowiący, że jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna.

W przekonaniu Izby – cyt. przepis nie ma zastosowania w przedmiotowej sprawie, z tego względu, że zarówno oświadczenie woli o ustanowieniu pełnomocnika, jak i sama oferta nie są jednostronnymi czynnościami prawnymi.

Znane są poglądy judykatury przemawiające za brakiem możliwości przyjęcia, że jednostronną czynnością prawną jest oferta (vide: wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 23 stycznia 2014 r., sygn. II CSK 190/13, a także wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 18 lutego 2015 r., sygn. I ACa 741/14).

W ocenie Izby – w sprawie tej występuje sytuacja opisana w art. 103 § 1 k.c., który to przepis stanowi, że jeżeli zawierający umowę jako pełnomocnik nie ma umocowania albo przekroczy jego zakres, ważność umowy zależy od jej potwierdzenia przez osobę, w której imieniu umowa została zawarta.

W rozpoznawanej sprawie Przystępujący wykazał się takim potwierdzeniem ciągu pełnomocnictw, co oznacza, że zarówno pełnomocnictwa, jak i sama oferta są ważne.

Izba stanęła również na stanowisku, że w rozpoznawanej sprawie może mieć zastosowania przepis art. 65 § 1 k.c., zgodnie z którym, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Według zapatrywania Izby wszystkie omówione wyżej okoliczności świadczą o tym, że wolą konsorcjantów było złożenie ważnej oferty przez M. R. w celu uzyskania zamówienia publicznego.

Z powyższych względów Zamawiający nie mógł odrzucić oferty jako niezgodnej z ustawą (art.89 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp), a także z powodu, że jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (art.89 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp).

Izba stanęła również na stanowisku, że nie potwierdził się zarzut odwołania

naruszenia przepisu art.24 ust.12 ustawy Pzp, skoro M. R. posiadała stosowne umocowanie, którego zakres upoważniał ją również do złożenia dokumentów podmiotowych w postępowaniu, między innymi prawo do złożenia, podpisania i udzielania w imieniu wykonawców wyjaśnień w zakresie oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz wszelkich innych dokumentów związanych z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Rozpoznając kolejny zarzut, Izba uznała, że zastrzeżenie wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa mieściło się w granicach obowiązującego prawa, a informacje zastrzeżone mają dla Przystępującego wartość gospodarczą.

W myśl przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający nie ujawnia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Natomiast art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W ocenie Izby – powyższy dokument zawierają informacje wrażliwe, o charakterze organizacyjnym, posiadające również wartość gospodarczą, które mogą być pożądanymi przez firmę konkurencyjną i brak jest w związku z tym podstaw prawnych do ich ujawnienia, natomiast Odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Według Izby - zastrzeżenia Przystępującego dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie nieujawnionym przez Zamawiającego mieszczą się w granicach przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ostatecznie, w ocenie Izby – Przystępujący obalił domniemanie rażąco niskiej ceny, co znajduje odzwierciedlenie w złożonych przez niego wyjaśnieniach z dnia 20 listopada 2019 r. wraz z dowodami dotyczącymi udokumentowanej prowizji segmentowej, prowizji od przewoźników, prowizji hotelowych, kosztów wynagrodzeń, kosztów bezpośrednich, kosztów stanowiskowych.

Izba wzięła również pod uwagę, że Odwołujący przyznał, że również kalkuluje obecnie lub kalkulował w przeszłości opłaty transakcyjne na poziomie 0.01 zł, co potwierdza

bezzasadność jego zarzutu istnienia rażąco niskiej ceny.

Izba uznała działanie Zamawiającego odnoszące się do badania rażąco niskiej ceny za mieszczące się w dyspozycji przepisu art. 90 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp 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, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Jednocześnie w myśl przepisu ust.1a w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Rozpatrując problem rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego należy przede wszystkim wskazać, że cena tej oferty nie jest niższa o 30% od wartości zamówienia i nie jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Wobec powyższego stanu rzeczy, Izba ma w ogóle wątpliwości czy Zamawiający w ogóle zasadnie skorzystał z cyt. wyżej przepisu prawa.

Izba jednak dostrzegła również, że różnica pomiędzy cenami Odwołującego i Przystępującego wynosi jedynie 177 962,89 zł, w warunkach, gdy Przystępujący zaoferował cenę w wysokości 7 987 760, 46 zł brutto, zaś Odwołujący – 8 165 723, 35 zł brutto, przy czym kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia wynosiła 8 593 080, 00 zł brutto.

Izba dokonała weryfikacji prawidłowości czynności Zamawiającego, polegającej na ocenie złożonych przez Przystępującego wyjaśnień wraz z przedłożonymi dowodami, w korelacji z treścią wezwania do złożenia wyjaśnień, w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia i podnoszonych przez Odwołującego okoliczności odwołania, które w jego ocenie powodują, że oferta ta winna zostać odrzucona.

W związku z tym Izba uznała za nieprzydatne w tej sprawie dowody nr 1 i 2 przedłożone przez Odwołującego, jako odnoszące się do innych podmiotów, a nie do Przystępującego.

Dokonana przez Izbę kontrola czynności Zamawiającego skutkowałą stwierdzeniem, iż Zamawiający prawidłowo ocenił złożone przez Przystępującego wyjaśnienia i dowody, zaś zarzuty stawiane w tym zakresie przez Odwołującego są bezzasadne i jako takie nie zasługują na uwzględnienie. Stanowisko Odwołującego o braku dostatecznych wyjaśnień przez Przystępującego, bez udowodnienia realności zaoferowanej ceny przez jego konkurencję, nie znajduje oparcia w ustalonym stanie sprawy.

Izba stwierdziła również, że postępowanie wyjaśniające zostało przeprowadzone przez Zamawiającego prawidłowo i doprowadziło do wykazania, że wykonawca rzetelnie skalkulował cenę, w oparciu o szczególne, indywidualne uwarunkowania(systemy prowizyjne), które zostały wykazane odpowiednimi środkami dowodowymi, wobec czego uczyniono zadość obowiązkowi określonymu w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Według Izby - Przystępujący dostarczył kompleksowe wyjaśnienia, które bezpośrednio odnosiły się do wątpliwości Zamawiającego sformułowanych w wezwaniu, a także do całości przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny, które mają bezpośrednie odzwierciedlenie w złożonych dowodach, Izba uznała za wiarygodne i wyczerpujące, a w konsekwencji zarzuty Odwołującego w tym zakresie nie znalazły potwierdzenia i nie mogły doprowadzić do przyjęcia zaistnienia po stronie Zamawiającego,

dokonującego oceny tych wyjaśnień, naruszenia prawa, ponieważ Zamawiający miał uzasadnione podstawy do stwierdzenia, iż cena zaoferowana przez Przystępującego nie ma charakteru rażąco niskiej - zgodnie z wyjaśnieniami, popartymi dowodami.

Nadto należy wskazać, że powszechnie przyjmuje się, zarówno w judykaturze, jak i w doktrynie, że cena rażąco niska to cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych innych wykonawców, niegwarantująca wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, zawartymi w dokumentacji postępowania.

Z powyższych względów należało przyjąć, że Zamawiający nie miał podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy na zasadzie art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....