

WYROK

z dnia 7 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie **2 września 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **23 lipca 2021 r.**

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WhyNotTravel sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Kielnarowej, Blue Sky Travel sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**

w postępowaniu pn. *Świadczenie usług w zakresie rezerwacji, sprzedaży i dostawy do siedziby zamawiającego biletów lotniczych, kolejowych, autobusowych i promowych na służbowe podróże zagraniczne* (nr postępowania 13/2021/DO RS)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Dowództwo Operacyjne Rodzajów Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **Business Travel Club sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Dowództwo Operacyjne Rodzajów Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie {dalej: „Zamawiający” lub „Dowództwo”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Świadczenie usług w zakresie rezerwacji, sprzedaży i dostawy do siedziby zamawiającego biletów lotniczych, kolejowych, autobusowych i promowych na służbowe podróże zagraniczne* (nr postępowania 13/2021/DO RS).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 21 maja 2021 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S_098 pod poz. 256116.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza progi unijne.

15 lipca 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Business Travel Club sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Przystępujący” lub „BTC”}.

23 lipca 2021 r. WhyNotTravel sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Kielnarowej, Blue Sky Travel sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, którzy wspólnie złożyli ofertę w powyższym postępowaniu {dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum”}, wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności w związku z zaniechaniem wezwania BTC do wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 1 pzp z uwagi na zaniechanie wezwania BTC do wyjaśnienia ceny.

Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Wezwania BTC do wyjaśnienia ceny.
3. Ponownego badania i oceny ofert.

W ramach uzasadnienia powyższy zarzut został sprecyzowany przez powołanie się na następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Okoliczności faktyczne.

Brzmienie istotnych dla sprawy postanowień specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ” lub „specyfikacja”}.

Rozdział XI ust. 1.

Kryteria oceny ofert – zamawiający dokona wyboru najkorzystniejszej oferty z ofert spełniających wymagania co do formy i treści SWZ wg kryterium: 1) Cena – 50%, waga kryterium 50 pkt., 2) Termin zmiany danych – 20%, waga kryterium 20 pkt., 3) Termin rezygnacji z biletu – 20%, waga kryterium 20 pkt., 4) Dodatkowa liczba biletów, w których zamawiający może dokonać zmiany danych – 5%, waga kryterium 5 pkt., 5) Dodatkowa liczba biletów, z których zamawiający może zrezygnować – 5%, waga kryterium 5 pkt. Wynik będzie traktowany jako wartość punktowa oferty wyliczona na podstawie powyższych kryteriów.

Rozdział XI ust. 3 pkt 1

...opłata transakcyjna musi zawierać całkowity koszt związany z realizacją przedmiotu zamówienia, zgodnie z jego opisem...

Rozdział XI ust. 5

Termin zmiany danych na bilecie lotniczym – należy rozumieć przez to najkrótszy termin (podany w dniach kalendarzowych liczonych do dnia wylotu, z wyłączeniem dnia wylotu), w jakim zamawiający może dokonać zmiany danych pasażera na zakupionym bilecie lotniczym lub zmiany terminu wylotu bez ponoszenia żadnych dodatkowych kosztów (opłat, kar itp.). Zmiana danych dotyczy 10 (słownie: dziesięciu) biletów lotniczych w okresie obowiązywania umowy.

Rozdział XI ust. 6

Termin rezygnacji z biletu lotniczego – należy rozumieć przez to najkrótszy termin (podany w dniach kalendarzowych liczonych do dnia wylotu, z wyłączeniem dnia wylotu), w jakim zamawiający może zrezygnować z zakupionego biletu lotniczego i otrzymać zwrot poniesionych kosztów zakupu. Rezygnacja z biletu dotyczy 10 (słownie: dziesięciu) biletów w okresie obowiązywania umowy.

Rozdział XI ust. 7

Dodatkowa liczba biletów lotniczych, w których można dokonać zmiany – należy rozumieć przez to dodatkową liczbę biletów (oprócz 10 określonych w pkt. 5), w których zamawiający będzie mógł dokonać zmiany danych na zasadach określonych w pkt. 5.

Rozdział XI ust. 8

Dodatkowa liczba biletów lotniczych, z których można zrezygnować – należy rozumieć przez to dodatkową liczbę biletów (oprócz 10 określonych w pkt. 6), z których zamawiający będzie mógł zrezygnować na zasadach określonych w pkt. 6.

Przewidywana ilość biletów łącznie: 896 szt., w tym: a) bilety lotnicze: 830 szt., w tym: • trasy pozaeuropejskie – klasa business – 2 szt., • trasy pozaeuropejskie – klasa ekonomiczna – 331 szt., • trasy europejskie klasa ekonomiczna – 497 szt., b) bilety kolejowe

(trasy europejskie) – 10 szt., c) bilety autobusowe (trasy europejskie) – 50 szt., d) bilety promowe (kierunki trasy bałtyckiej) – 6 szt.

Przebieg postępowania.

Kwota jaką Zamawiający ma zamiar przeznaczyć na realizację zamówienia wynosi 4.060.000,00 zł.

BTC zaoferował:

- możliwość rezygnacji z 10 biletów podstawowych oraz 48 biletów dodatkowych – w sumie możliwość rezygnacji z 58 biletów lotniczych;
- możliwość zmiany danych pasażera lub daty wylotu 10 biletów podstawowych oraz 48 biletów dodatkowych – w sumie możliwość zmiany tych danych w 58 biletach lotniczych.

Wykonawca UpHotel, który zaproponował drugą najwyższą liczbę biletów do wymiany lub zwrotu, zaoferował w sumie 28 biletów wymiany lub zwrotu.

Odwołujący zaoferowali trzecią najwyższą wartość, czyli 22 bilety do wymiany lub zwrotu.

Zamawiający wezwał BTC do wyjaśnienia treści oferty w celu uzyskania informacji:

- 1) od jakich czynników zależy wysokość ponoszonych przez Wykonawcę kosztów zwrotów i zmiany biletów oraz 2) co do szacowanej przez Wykonawcę wysokości kosztów zwrotów i zmiany biletów.

BTC nie odpowiedział na zadane pytania w piśmie z 8 lipca 2021 r..

Ponadto Odwołujący stwierdził, co następuje.

Po pierwsze, że zmiana danych pasażera lub zmiana daty wylotu wymaga zwrotu biletu oraz wykupienia nowego biletu, gdyż nie ma taryf, które umożliwiają dokonanie takich zmian. Wykonawca musi więc zwrócić bilet i kupić na swój koszt nowy bilet. Ponieważ będzie on za każdym razem kupowany o wiele bliżej daty wylotu niż bilety pierwotnie rezerwowane przez Zamawiającego, będzie kupowany w wyższej cenie.

Po drugie, że możliwość zwrotu biletu bez potrącenia ceny podczas zwrotu biletu wymaga dopłaty. Podstawowe taryfy, zarówno w klasie ekonomicznej, jak i w klasie biznes, nie pozwalają na zwrot biletu bez poniesienia dodatkowych kosztów. Tymczasem Zamawiającemu należy oferować bilety najtańsze na danej trasie.

Po trzecie, że Zamawiający zastrzegł kompletną dowolność co do wymienianych biletów lotniczych, co oznacza, że może, a nawet powinien, wymieniać głównie najdroższe bilety.

Po czwarte, że zaoferowana przez BTC liczba biletów podlegających rezygnacji lub zmianie danych oznacza, że Wykonawca zobowiązał się do poniesienia kosztu 116 biletów lotniczych, w tym przynajmniej w 58 przypadkach będą to bilety w cenie

ponadprzeciętnie wysokiej.

Po piąte, że zamiast do wyjaśnienia ceny Zamawiający wezwał BTC do wyjaśnienia treści oferty, a BTC nie odpowiedział na zadane pytania, natomiast z jego pisma wynika, że nie zna wysokości tych kosztów. Jednocześnie BTC że nie poinformował Zamawiającego, że: 1) najważniejszym czynnikiem przy wymianie lub zwrocie biletu są warunki wykupionej taryfy wprost powiązane z jej ceną – droższy bilet na ten sam lot i klasę będzie pozwalał odzyskać większą część opłaty uiszczonej za bilet; 2) zwroty w ostatniej chwili w przypadku klas ekonomicznych są traktowane jako „no-show”, a są w ogóle możliwe do 24-6 h przed wylotem, w zależności od linii.

Okoliczności prawne.

Zgodnie z art. Art. 224 ust. 1 pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Wykładnia cytowanego przepisu prowadzi do wniosku, iż w każdym przypadku, gdy cena oferty wykonawcy może nie pokrywać wszystkich kosztów wykonania zamówienia, zamawiający ma obowiązek wezwania tego wykonawcy do wyjaśnienia ceny oferty.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W tych okolicznościach Odwołujący wywiódł, co następuje.

Po pierwsze, że art. 224 ust. 2 pkt 1 pzp w okolicznościach niniejszej sprawy nadaje się do zastosowania odpowiednio tzn. w sytuacji, gdy różnica w wartości oferty wynika z faktu ujęcia w ofercie ponadstandardowych, rażąco wysokich kosztów wykonania zamówienia.

Bilet w klasie ekonomicznej z Warszawy na trasie pozaeuropejskiej potrafi kosztować nawet ponad 20 tys. zł (do Australii), 11,5 tys. zł (do Ameryki Północnej), 39,5 tys. zł (do Azji), 10 tys. zł (do Ameryki Południowej), a średnio są kilkukrotnie droższe niż na trasach europejskich. Oznacza to, że każda oferta, w której zaproponowano wymianę

lub zwrot więcej niż 31. biletów jest potencjalnie o ponad 30% tańsza niż szacunkowa wartość zamówienia oraz niż średnia złożonych ofert, gdyż już 32 bilety po 40 tys. zł stanowią ponad 30% wartości zamówienia.

W przypadku oferty BTC, aby była ona o 30% tańsza od ofert konkurencji wystarczy, że średni koszt zwrotu lub zmiany biletu będzie wynosił 10,5 tys. zł.

Po drugie, że zwrot lub wymiana biletów lotniczych wiąże się z istotnymi kosztami. Możliwość rezygnacji lub wymiany biletów lotniczych stanowi istotną część składową ceny oraz kosztu wykonania zamówienia. W tym zakresie oferta Wykonawcy BTC w sposób rażący odbiega od wartości zaproponowanych przez innych wykonawców. Wykorzystanie oferty BTC w całym zakresie, czyli wymiana przez Zamawiającego 58 biletów oraz zwrot kolejnych 58 biletów, spowoduje, że BTC poniesie stratę realizując zamówienie.

Po trzecie, że sama różnica w liczbie oferowanych przez BTC w porównaniu do pozostałych wykonawców biletów do zwrotu lub wymiany powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego.

Po czwarte, że dodatkowych argumentów przemawiających za koniecznością wezwania BTC do wyjaśnienia ceny, dostarczyło jego pismo z 8 lipca 2021 r., z którego można wywnioskować, że nie dokonał prawidłowego wyliczenia ceny oferty, a przynajmniej część kosztów zwrotów ma zamiar przenosić na Zamawiającego poprzez zakup droższych biletów.

W odpowiedzi na odwołanie datowanej na 5 sierpnia 2021 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, następująco odnosząc się do jego treści.

Okoliczności faktyczne dotyczące badania oferty BTC.

2 lipca 2021 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo radcy prawnego reprezentującego lidera Konsorcjum, w którym wskazał, że jego zdaniem w przedstawionych przez niego okolicznościach *Zamawiający zobligowany jest do wezwania Wykonawcy BTC do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny lub kosztu na podstawie art. 224 ust. 2 pzp.*

Zamawiający 7 lipca 2021 r. zwrócił się do BTC o stosowne wyjaśnienia, wskazując na wątpliwość co do oferowania przez BTC rażąco niskiej ceny w aspekcie zagwarantowania przez BTC możliwości dokonania zwrotu do 58 biletów lotniczych i zmiany danych na 58 biletach.

Zamawiający poprosił ponadto o udzielenie niezbędnych wyjaśnień i informacji, a w szczególności: 1) jakie koszty ponosi Wykonawca w przypadku dokonania przez Zamawiającego zwrotu biletu lotniczego, 2) jakie koszty ponosi Wykonawca w przypadku

dokonania przez Zamawiającego zmiany danych na bilecie lotniczym: zmiany nazwiska pasażera lub zmiany terminu lotu; 3) czy koszty, o których mowa w pkt 1 i 2 są uzależnione od innych uwarunkowań, np. terminu dokonania zwrotu lub zmiany danych itp.

8 lipca 2021 r. wpłynęło do Zamawiającego pismo BTC, w którym wyjaśnił on, że ewentualne koszty ponoszone przy zwrocie biletów lotniczych lub zmianie danych uzależnione są od trasy przelotu, dat, klasy rezerwacyjnej, aktualnych zasad i promocji taryfowych uruchamianych przez przewoźników. Wobec braku informacji na temat tras i terminów podróży w SWZ BTC nie może przedstawić konkretnych obliczeń. Natomiast przykładowe (załączone do pisma BTC) kopie biletów lotniczych wskazują, że możliwy jest bezpłatny zwrot lub zmiana biletu.

Wykonawca przedłożył Zamawiającemu przykłady podróży w klasach ekonomicznych na trasach europejskich i pozaeuropejskich oraz w klasach biznes na trasie pozaeuropejskiej potwierdzające różnorodność istniejących możliwości anulacji lub zmian danych biletów lotniczych, w tym przykłady rezerwacji, w których możliwe są anulacje lub zmiany na bilecie niepowodujące dodatkowych kosztów dla podmiotu rezerwującego i kupującego bilety.

Ponadto, przywołując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 8 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 1140/19, BTC wskazał, że kwestię ewentualnych kosztów zwrotu lub zmiany danych biletu lotniczego i ich wpływu na cenę oferty można traktować podobnie jak kwestię oferowanego przez wykonawcę upustu. Tym samym można wskazać, że liczba sztuk biletów, które można anulować lub zmienić wskazana w ofercie nie jest elementem ceny ofert, gdyż nie jest wyrażona w jednostkach pieniężnych. Ewentualna kwota potencjalnego obciążenia BTC kosztem zwrotu lub zmiany biletu będzie znana dopiero w przypadku wystąpienia takiej sytuacji w ramach realizacji zamówienia i w związku z tym *na etapie oceny ofert nie może być porównywana w ramach kryterium ceny, gdyż nie stanowi ceny.*

Zamawiający podał, że przykładowe ceny dostępnych biletów (dla jednej osoby w dwie strony) przy zakupie 4 sierpnia 2021 r. z wylotem 6 sierpnia 2021 r. (a więc de facto kupionych z dnia na dzień) kształtują się następująco: do Nowego Jorku – ok. 4 tys. zł (3,5 tys. zł bilet plus za bagaż rejestrowy 465 zł), do Tokio – ok. 5 tys. zł.

Okoliczności prawne.

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny przepisy Prawa zamówień publicznych nie określają minimalnej treści wezwania do wyjaśnień dokonywanego przez zamawiającego na podstawie art. 224 ust. 1. Zasadne jest (choć brak nakazu), aby takie wezwanie nie miało charakteru blankietowego, powielającego przepisy pzp, bez wskazania szczegółowych kwestii będących w obszarze zainteresowań zamawiającego. Przyjmuje się

bowiem, że treść wystosowanego wezwania determinuje zakres i kształt odpowiedzi udzielonej przez wykonawcę. W sytuacji zatem, gdy tylko to jest możliwe, wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych powinno mieć formę konkretnych zagadnień (pytań), które budzą wątpliwości zamawiającego i które następnie będą wyjaśniane przez wykonawcę. Pytania lub też zagadnienia określone przez zamawiającego, które zostają przedstawione wykonawcy, powinny wskazywać elementy oferty, które podczas jej badania wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. Tego rodzaju konstrukcja treści wezwania do wyjaśnień wystosowanego przez zamawiającego do wykonawcy ma służyć temu, aby wykonawca posiadał wiedzę, które elementy wyceny oferty wzbudziły zastrzeżenia zamawiającego i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia. Zamawiający nie powinien oczekiwać od wykonawcy, aby ten domyślał się, które elementy wyceny oferty zamawiający zakwestionował (które budzą jego wątpliwości), albo spodziewać się, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową oferty [zob. A. Gawrońska-Baran (w:) E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 224].

Jak wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku z 8 stycznia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1617/09: *...ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę dokonuje się w stosunku do przedmiotu zamówienia, a więc w oparciu o cenę całkowitą oferty. Jednolita i gruntowana linia orzecznictwa potwierdza, że nie można stawiać zarzutu rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy jej niektóre elementy składowe skalkulowane są nawet na zaniżonym poziomie. Ocenę oferty pod względem potwierdzenia lub wykluczenia ewentualności podania rażąco niskiej ceny odnosi się do przedmiotu zamówienia jako całości, zaś skonkretyzowane zarzuty odwołującego dotyczą elementów składowych ceny całkowitej. Wykonawca w ramach zagregowanych cen jednostkowych może bowiem ujmować elementy kosztów w różnych pozycjach kosztorysu.*

W tych okolicznościach Zamawiający wywiódł, co następuje.

Po pierwsze, że prawidłowo wezwał BTC do wyjaśnienia ceny oferty w zgodzie z art. 224 ust. 1 pzp, precyzując że chodzi mu o wyjaśnienie kosztów zwrotu lub zmiany danych biletów lotniczych.

Po drugie, że uznał powyżej przywołane wyjaśnienia BTC za adekwatne i wystarczające. W szczególności stwierdził, że podane w piśmie pełnomocnika lidera Konsorcjum przykładowe ceny biletów lotniczych, jako kilkukrotnie zawyżone (i nie potwierdzone w przykładach biletów w takich cenach), nie mogą stanowić podstawy jakichkolwiek analiz w zakresie kosztów ponoszonych przez BTC w przypadku zwrotów

biletów lub zmiany danych biletów w ramach dodatkowej puli wymienionej w ofercie. Zamawiający uznał za trafne spostrzeżenie BTC, że wskazując ceny biletów, pełnomocnik lidera Konsorcjum nie znał tras, zastosowanych taryf, kosztów zmian lub anulowania biletów. Nie przedstawił szczegółowych wyliczeń opartych na konkretnych przykładach, a jedynie ogólnikowe wyliczenia. Stąd obliczenia Odwołującego wskazujące jakoby BTC określił rażąco niską cenę swojej oferty, należy uznać za błędne.

Po trzecie, że każdy oferent miał dowolność w przedstawieniu swojej oferty, kosztów oraz liczby dodatkowych biletów możliwych do zwrotu lub zmiany danych. Rozłożenie akcentów cenowych leżało po stronie oferentów. Oferent sam decydował o metodach kalkulacji ceny oraz uzasadnieniu poszczególnych składników oferty.

Wobec powyższego w ocenie Zamawiającego nie zaistniały przesłanki odrzucenia oferty wskazane w art. 224 ust. 6 pzp.

W piśmie z 30 sierpnia 2021 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, prezentując okoliczności faktyczne, prawne i wnioski zbieżne z Zamawiającym.

Dodatkowe okoliczności faktyczne.

Rodział IV pkt 6. SWZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia”

Zakres usług będących przedmiotem zamówienia obejmuje:

- 1) rezerwację, zakup, wystawianie oraz dostarczanie zamawiającemu biletów lotniczych, kolejowych, autobusowych oraz promowych w międzynarodowym transporcie lotniczym, kolejowym, autobusowym oraz promowym;*
- 2) zapewnienie optymalnych tras i połączeń w razie podania tylko docelowego miejsca podróży oraz realizację tras podróży zgodnie z zamówieniami składanymi przez zamawiającego;*

Zgodnie ze „Słownikiem języka polskiego” pod red. W. Doroszewskiego słowo „optymalny” oznacza *najlepszy, najkorzystniejszy, najbardziej sprzyjający*. Zatem „optymalny” nie jest synonimem określenia „najtańszy”.

Przystępujący wywiódł w związku z tym, że bieżące potrzeby Zamawiającego mogą sprzyjać rozwiązaniom organizacyjnym ukierunkowanym na pewne określone aspekty i niekoniecznie elementem decydującym musi być cena, a trasa, liczba tranzytów, czas podróży, możliwości zmian etc.

Według Przystępującego możliwość dokonania pewnej liczby zmian rezerwacyjnych przez Zamawiającego rezerwacyjnych nie zwalnia go z konieczności bieżącej kontroli

warunków stosowanych, gdyż w pewnej chwili pula bezpłatnych anulacji lub zmian może zostać wyczerpana i Zamawiający narażony będzie na ponoszenie kosztów z tym związanych.

Dla Przystępującego niezrozumiałe jest stwierdzenie o konieczności wymieniania przez Zamawiającego „głównie najdroższych biletów”, gdyż wydaje się, że ewentualne zmiany lub anulacje realizowane będą wtedy, gdy taka konieczność zaistnieje, bez względu na to, czy cena biletu jest wysoka czy niska.

Poza tym Przystępujący podniósł okoliczności faktyczne i prawne, które uprzednio zawarł w piśmie z 8 lipca 2021 r. (którego treść została poniżej przytoczona w ramach ustalenia okoliczności faktycznych sprawy).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 npzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie, podczas której wszyscy uczestnicy sporu podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż ewentualne zaniechanie czynności, które powinny poprzedzać wybór oferty najkorzystniejszej, uniemożliwia mu uzyskanie tego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

2 lipca 2021 r. Zamawiający otrzymał od pełnomocnika reprezentującego lidera Konsorcjum pismo w następującym brzmieniu:

...uprzejmie informuję, iż jak wynika ze zbiorczego zestawienia ofert złożonych w Postępowaniu (...) Wykonawca BUSINESS TRAVEL CLUB sp. z o.o., ul. M. Kopernika 30/213, 00-336 Warszawa („UBTC”) zaoferował dodatkowe bilety, w których pozwała na zmianę danych do dnia wylotu w liczbie 48 sztuk oraz rezygnację z biletu w liczbie 48 sztuk. W sumie, łącznie z biletami oferowanymi w pozostałych kryteriach oceny ofert Wykonawca BTC proponuje wymianę 116 biletów.

Należy wskazać, iż w przypadku zmiany lub anulowania biletu Wykonawca prawdopodobnie będzie zobowiązany do poniesienia kosztów zakupu biletu. Zamawiający przewiduje zakup 830 sztuk biletów lotniczych, przy czym 333 na trasach poza europejskich oraz 497 sztuk na trasach europejskich. Bilety w klasie ekonomicznej z Warszawy na trasie pozaeuropejskiej potrafią kosztować nawet ponad 20.000 zł/sztuka (Australia), 11 500 zł (Ameryka Północna), 39 500 zł (Azja), 10 000 zł (Ameryka Południowa), a średnio są kilkukrotnie droższe niż na trasach Europejskich. Oznacza to, iż każda oferta, w której zaproponowano wymianę lub zwrot więcej niż 31 biletów (łącznie) jest potencjalnie o ponad 30% tańsza niż szacunkowa wartość zamówienia oraz niż średnia złożonych ofert — już 32 bilety po 40.000 zł stanowią ponad 30% wartości zamówienia. Trzeba podkreślić, iż nawet wysokie opłaty transakcyjne w przypadku Wykonawcy BTC nie stanowią rekompensaty za potencjalną konieczność zwrotu 96, a nawet 116 biletów. W takiej sytuacji Zamawiający zobligowany jest do wezwania Wykonawcy BTC do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny lub kosztu na podstawie art. 224 ust. 2 pzp.

7 lipca 2021 r. Zamawiający wystosował do BTC wezwanie w następującym brzmieniu:

W związku ze zgłoszeniem przez jednego z Wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu możliwości oferowania przez Business Travel Club rażąco niskiej ceny w aspekcie zagwarantowania Zamawiającemu dokonania zwrotu do 58 biletów lotniczych i zmiany danych na kolejnych 58 biletach (odnośny fragment ww. zgłoszenia w załączeniu), uprzejmie proszę o udzielenie Zamawiającemu niezbędnych wyjaśnień i informacji, a w szczególności:

- 1) jakie koszty ponosi Wykonawca w przypadku dokonania przez Zamawiającego zwrotu biletu lotniczego;*
- 2) jakie koszty ponosi Wykonawca w przypadku dokonania przez Zamawiającego zmiany danych na bilecie lotniczym: a) zmiany nazwiska pasażera, b) zmiany terminu lotu;*

3) czy koszty, o których mowa w pkt. 1 i 2, są uzależnione od innych uwarunkowań, np. terminu dokonania zwrotu/zmiany danych itp.

(...)

Do pisma załączono treść pisma z 2 lipca 2021 r. w powyżej przytoczonym zakresie wraz z załącznikami (zanonimizowano jedynie dane autora pisma).

Pismem z 8 lipca 2021 r. BTC udzieliło następująco brzmiących wyjaśnień:

W nawiązaniu do treści przedmiotowego pisma informujemy jak niżej :

1) *Koszty ponoszone przez Wykonawcę w przypadku dokonania przez Zamawiającego zwrotu biletu lotniczego:*

Informujemy , że ewent. koszty ponoszone przy zwrocie biletu lotniczego uzależnione są od trasy przelotu, dat, klasy rezerwacyjnej, aktualnych zasad i promocji taryfowych uruchamianych przez przewoźników.

SIWZ postępowania nie obejmuje informacji nt. szczegółowych tras i dat podróży, nie jest więc możliwym określenie, jakie ewent. obciążenia mogłyby wystąpić w przypadku anulacji podróży. W zał. przekazujemy przykłady rezerwacji przelotowych, w których wszelkie anulacje / zmiany są bezpłatne.

Załączniki nr 1 i nr 2 dotyczą podróży na trasach europejskich, natomiast zał. nr 3 dotyczy podróży na trasie pozaeuropejskiej.

W każdym przypadku dokonaliśmy stosownych tłumaczeń warunków anulacji / zmian biletów.

Wobec braku szczegółowych, przypuszczalnie niemożliwych aktualnie do określenia przez Zamawiającego, warunków brzegowych planowanych podróży , każdy z Oferentów winien założyć taki wariant zdarzeń , który uważa za optymalny dla jego działalności i zgodny z SIWZ – w chwili przygotowywania i oceny ofert brak jest podstaw do określenia, która analiza jest trafna , a która nie jest...

Załączone rezerwacje i zasady obciążeń są jedynie przykładowymi i mogą być zastosowane na szeregu innych kierunków – można zakładać , że analogiczne warunki pojawiać się będą w przypadku wielu różnych przewoźników (brak podstaw do stwierdzenia, że tak nie będzie...)

2) *Koszty ponoszone przez Wykonawcę w przypadku dokonania przez Zamawiającego zmiany danych na bilecie lotniczym: a) zmiany nazwiska pasażera b) zmiany terminu lotu*

Tak jak w przypadku pkt. 1) informujemy , że ewent. koszty ponoszone przy zmianach informacji ujętych w bilecie lotniczym uzależnione są od trasy przelotu, dat, klasy rezerwacyjnej, aktualnych zasad i promocji taryfowych uruchamianych przez przewoźników.

SIWZ postępowania nie obejmuje informacji nt. szczegółowych tras i dat podróży, nie jest

więc możliwym określenie, jakie ewent. obciążenia mogłyby wystąpić w przypadku zmiany warunków podróży.

W przypadku zmiany nazwiska pasażera najprostszą procedurą jest ta opisana w pkt. 1) tj. anulowanie biletu pierwotnego i wystawienie biletu ujmującego nowe dane.

W zał. przekazujemy przykłady rezerwacji przelotowych, w których wszelkie anulacje / zmiany są bezpłatne.

Załączniki nr 1 i nr 2 dotyczą podróży na trasach europejskich, natomiast zał. nr 3 dotyczy podróży na trasie pozaeuropejskiej.

W każdym przypadku dokonaliśmy stosownych tłumaczeń warunków anulacji / zmian biletów. Przykłady rezerwacji przelotowych, w których wszelkie anulacje / zmiany są bezpłatne potwierdzają możliwość zastosowanie tego typu procedury.

Przy zmianie terminu podróży powyższa procedura jest również możliwa do zastosowania, aczkolwiek w wielu przypadkach możliwa jest prosta, bezkosztowa zmiana rezerwacji – w zał. przekazujemy przykład tego typu sytuacji

Wobec braku szczegółowych, przypuszczalnie niemożliwych aktualnie do określenia przez Zamawiającego, warunków brzegowych planowanych podróży, każdy z Oferentów winien założyć taki wariant zdarzeń, który uważa za optymalny dla jego działalności i zgodny z SIWZ – w chwili przygotowywania i oceny ofert brak jest podstaw do określenia, która analiza jest trafna, a która nie jest...

Załączone rezerwacje i zasady obciążeń są jedynie przykładowymi i mogą być zastosowane na szeregu innych kierunków – można zakładać, że analogiczne warunki pojawiać się będą w przypadku wielu różnych przewoźników (brak podstaw do stwierdzenia, że tak nie będzie...)

3) Zależność ewent. obciążeń dot. pkt. 1) i pkt. 2) od innych uwarunkowań, np. terminu dokonania zwrotu / zmiany danych itp.

Tak jak wspominaliśmy w opisach dot. pkt. 1) i pkt. 2) ewent. obciążenia ewent. koszty ponoszone przy zmianach informacji ujętych w bilecie lotniczym uzależnione są od trasy przelotu, dat, klasy rezerwacyjnej, aktualnych zasad i promocji taryfowych uruchamianych przez przewoźników.

Każda sytuacja jest odrębna, tak więc, ze względu na fakt, że SIWZ postępowania nie obejmuje (nie może prawdopodobnie na chwilę obecną obejmować) informacji nt. szczegółowych tras i dat podróży, nie jest więc możliwym określenie, jakie ewent. obciążenia mogłyby wystąpić w przypadku zmiany/anulacji warunków podróży, a co za tym idzie, nie jest możliwym wskazanie dodatkowych uwarunkowań z tym związanych – w wielu przypadkach może wystąpić sytuacja, że uniknięcie kosztów wystąpi bez względu na termin przekazania informacji o anulacji/zmianach w podróży (zmienność taryf i promocji lotniczych jest duża).

Wobec braku szczegółowych , przypuszczalnie niemożliwych aktualnie do określenia przez Zamawiającego, warunków brzegowych planowanych podróży , każdy z Oferentów winien założyć taki wariant zdarzeń , który uważa za optymalny dla jego działalności i zgodny z SIWZ – w chwili przygotowywania i oceny ofert brak jest podstaw do określenia, która analiza jest trafna , a która nie jest...

(...)

Odnosząc się do wyciągu z treści pisma Wykonawcy informujemy jak niżej:

Wykonawca wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o skierowanie w stosunku do naszej Spółki wezwania „ ...do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny lub kosztu na podstawie art. 224 ust. 2 pzp”

Otóż treść przedmiotowego punktu ustawy pzp brzmi jak niżej: (...)

W przedmiotowym postępowaniu cena całkowita złożonej przez nas Oferty wynosi PLN 2.022.150,00 i jest druga w kolejności pod względem wysokości ceny – od oferty najdroższej, oferty złożonej przez Wykonawcę UpHotel Sp. z o.o. jest niższa jedynie o 0,35%!! W żaden, więc, sposób nie może być określona jako „ rażąco niska” , gdyż daleko jej do zaniżenia w stosunku do średniej ceny ofert wszystkich Oferentów o 30%.

Różnice w wysokości cen ofert wahały się w granicach 0,56%

Również wszelkie składniki cenotwórcze (opłaty transakcyjne) ujęte w złożonej przez nas Ofercie w żaden sposób nie można uznać za zaniżone w stosunku od tego typu opłat ujętych w pozostałych ofertach.

Generalnie ceny opłat transakcyjnych w omawianych ofertach są zbliżone, oprócz przypadku oferty złożonej przez PLL LOT , kiedy to cena ta wynosi zaledwie PLN 0,01 za wystawiony bilet...

Zgodnie z treścią Rozdz. XI pkt. 3 SIWZ opłaty transakcyjne winny pokrywać wszelkie koszty niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia.

Przytoczone przez Wykonawcę wirtualne przykłady cen nie mogą być podstawą do jakichkolwiek analiz w jakimkolwiek zakresie.

- Na jakiej podstawie wskazana jest np. cena PLN 20.000,00 lub PLN 40.000,00 skoro nie jest wiadomo mym , czego miałyby ona dotyczyć , jakie byłyby warunki zastosowanych taryf dotyczące ze zmian, anulacji etc. ?
- Być może właśnie przytoczone przez Wykonawcę ceny pozwalałyby na wszelkie zmiany?
- Skąd wiedza Wykonawcy , że w przyszłości powyższe, przytoczone, wirtualne taryfy nie będą pozwalać na wszelkiego rodzaju zmiany / anulacje, skoro nawet nie jest w chwili obecnej możliwym określenie daty i trasy podróży ??
- Skąd może być wiadomym , że aktualna, wirtualna oferta cenowa za przykładowy bilet na poziomie np. PLN 2.000,00 bez możliwości zmian/anulacji w niedalekiej przyszłości nie

będzie na poziomie PLN 1.000,00 z możliwością wszelkiego rodzaju zmian/anulacji?

Wobec braku szczegółowych, przypuszczalnie niemożliwych aktualnie do określenia przez Zamawiającego, warunków brzegowych planowanych podróży, każdy z Oferentów winien założyć taki wariant zdarzeń, który uważa za optymalny dla jego działalności i zgodny z treścią SIWZ postępowania.

Przytaczane przez Wykonawcę kwoty dotyczące, możliwych do uniknięcia przez Zamawiającego, potencjalnych obciążeń za anulacje/zmiany biletowe i próba wysnuwania, w związku z tym, wniosku o zaniżaniu złożonej przez naszą Spółkę oferty o ponad 30% w stosunku do ofert pozostałych jest nierzeczowa, nielogiczna i niemająca nic wspólnego z uwarunkowaniami określonymi w zapisach ustawy Pzp.

Na poparcie bezzasadności artykułowanych przez konkurencyjnego Wykonawcę tez załączamy treść Wyroku nr KIO nr 1140/19 wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą w dn. 08.07.2019 r.

W przedmiotowym dokumencie Izba Orzekająca KIO w sposób jednoznaczny wskazuje na elementy mogące być przyczynkiem do analizy elementów cenowych składanej oferty i ich zgodności z wymogiem uniknięcia zastosowania tzw. „rażąco niskiej ceny”.

W postępowaniu, którego dotyczył wyrok, sytuacja była bardzo podobna, jedynie zamiast omawianego w treści wyroku tzw. „opustu” mamy do czynienia aktualnie z potencjalnymi, ewentualnymi kosztami anulacji / zmian biletowych, które Zamawiający mógłby uniknąć.

Izba Orzekająca KIO wskazała m.in., że podważana oferta nie była najtańsza (a wręcz była najdroższa, co prawie ma miejsce również w sytuacji aktualnej), co wskazywało na fakt, że „brak było podstaw do wzywania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 PZP). Dodatkowo Izba stwierdziła, że „nie sposób uznać, że opust stanowi część składową ceny lub kosztu, który podlegałby wyjaśnieniu w trybie art. 90 ust 1 Pzp. (str. 9 dokumentu) Wskazana przez Wykonawcę procedura jakoby zaniżania ceny oferty poprzez odstępowanie od naliczania obciążeń za anulowane/zmieniane bilety ma właśnie analogiczny charakter omawianego tzw. „opustu”.

W dalszej części (str. 10 dokumentu) Izba Orzekająca KIO stwierdza: „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 stwierdzeniu, 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..”

Zarówno w przytoczonym w wyroku KIO 1140/19 postępowaniu jak również w przypadku postępowania nr 13/2021/DO RSZ elementami cenotwórczymi są opłaty transakcyjne i cena całkowita oferty (i tylko te elementy mogłyby podlegać analizie w zakresie rozpatrywania tzw. „rażąco niskiej ceny”)

Pozostałe elementy ofert nie mają charakteru cenotwórczego i nie podlegają ewent. zarzutom określonym w ustawie Pzp.

W przypadku postępowania ujętego w wyroku KIO 1140/19 takim elementem jest tzw. opust (określony w % od wartości taryfy), natomiast w przypadku postępowania nr 13/2021/DO RSZ takim elementem jest wskazana w ofercie liczba możliwych zmian i anulacji biletów (określona w sztukach).

Ilość możliwych do zmiany/ anulacji biletów potwierdza stanowisko KIO, że element ten, nie jest wyrażany w jednostkach pieniężnych, co przeczy stwierdzeniu, że jest elementem stanowiącym cenę i tym samym kryterium ceny”

Dodatkowo spełniona jest też kolejna teza wyroku KIO polegająca na tym, że ewent. kwota potencjalnego obciążenia wynikającego ze zmiany / anulacji biletu znana będzie dopiero w przypadku ewent. wystąpienia tego typu sytuacji natomiast „na etapie oceny ofert nie może być porównywana w ramach kryterium ceny, gdyż nie stanowi ceny..”

Reasumując, Izba ustaliła, co następuje.

Po pierwsze, jako oczywiste, że Zamawiający – choć nie wskazał w swoim piśmie żadnego przepisu – wezwał BTC do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 pzp. Czynność Zamawiającego nie sposób inaczej odczytać niż jako podzielenie przez niego wątpliwości zgłoszonych mu *de facto* przez Konsorcjum co do tego, czy cena oferty BTC nie jest rażąco niska w kontekście konkretnych uwarunkowań.

Po drugie, zakres merytoryczny wystosowanego wezwania do wyjaśnienia ceny oferty wynika wprost z wątpliwości odnośnie wiarygodności ceny oferty BTC zgłoszonych w piśmie pełnomocnika lidera Konsorcjum, które Zamawiający, dla uniknięcia jakichkolwiek przekłamań, dodatkowo załączył.

Po trzecie, w konsekwencji bez znaczenia dla oceny charakteru prawnego tej czynności jest to, jak ją nazwał Zamawiający następczo w piśmie, które wystosował do pełnomocnika lidera Konsorcjum jako odpowiedź na jego pismo.

Po czwarte, odwołanie zostało wniesione od zaniechania wezwania przez Zamawiającego BTC do wyjaśnienia ceny oferty na podstawie art. 224 ust. 1 pzp (ten przepis wskazano na wstępie odwołania), względnie na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1

pzp (ten przepis dodatkowo wskazano w uzasadnieniu odwołania).

Po piąte, wyłącznie w kontekście zarzutu naruszenia powyższych przepisów w uzasadnieniu odwołania odniesiono się do wyjaśnień BTC zawartych w piśmie z 8 lipca 2021 r., wyrażając jednym zdaniem negatywną ocenę, że nie wskazują one na prawidłowe skalkulowanie ceny oferty. Poza tym postawiono tezę, że BTC ma zamiar przynajmniej część kosztów za zwroty biletów ma zamiar przerzucić na Zamawiającego, co jednak nie zostało rozwinięte, aby mogło zostać uznane za odrębny zarzut dotyczący błędnej oceny złożonych wyjaśnień i zaniechania w związku z tym odrzucenia oferty BTC jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Po szóste, bez znaczenia dla sprawy są okoliczności dodatkowo podniesione na rozprawie, gdyż zgodnie art. 555 pzp (analogiczny przepis zawierał art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r.) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. W szczególności okoliczności faktyczne mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie. W szczególności już w uzasadnieniu wyroku z 1 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1633/09 Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 ustawy pzp z 2004 r.) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Po siódme, w konsekwencji nie mają znaczenia dla sprawy dowody przedstawione na rozprawie przez Odwołującego, gdyż nie mogą wykroczać poza granice odwołania, które zostało wniesione od zaniechania czynności, która *de iure* i *de facto* została przez Zamawiającego już przeprowadzona.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut odwołania jest niezasadny.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, 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.

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przy czym według art. 224 ust. 4 pzp w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

Według normy zawartej w art. 224 ust. 5 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera

rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 537 pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Podkreślić przy tym należy, że relacja pomiędzy pierwszymi dwoma ustępami art 224 pzp jest taka, że ten drugi określa dwa szczególne przypadki, w których wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty ma charakter obligatoryjny (w każdym z nich dodatkowo przewidując wyjątek), zawsze jednak generalną podstawą prawną wezwania w tym przedmiocie jest ust. 1, do którego zresztą wprost ust. 2 odsyła.

Nadmienić również należy, że z uwagi na specyfikę usługi stanowiącej przedmiot zamówienia oczywiste jest, że zbędne było wzywanie do przedstawienia wyjaśnień odnośnie kosztów pracy przy jej wykonywaniu.

Skoro – jak to już zostało powyżej ustalone – Zamawiający wzywał BTC do wyjaśnień dotyczących ceny złożonej oferty i takie wyjaśnienia zostały przez BTC udzielone, zarzut zawarty w odwołaniu – jako bezprzedmiotowy – należało uznać za bezzasadny.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 pzp oraz § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.