

WYROK
z dnia 17 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2018 r. przez wykonawcę - **WhyNotTravel sp. z o.o., sp.k., z siedzibą w Kielnarowej, Kielnarowa 108A; 36-020 Tyczyn** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Instytut Techniki Budowlanej, ul. Filtrowa 1; 00-611 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Turystyczno-Handlowe Supertour sp. z o.o., ul. Niemcewicza 26; 02-306 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **WhyNotTravel sp. z o.o., sp.k., z siedzibą w Kielnarowej, Kielnarowa 108A; 36-020 Tyczyn** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **WhyNotTravel sp. z o.o., sp.k., z siedzibą w Kielnarowej, Kielnarowa 108A; 36-020 Tyczyn** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **WhyNotTravel sp. z o.o., sp.k., z siedzibą w Kielnarowej, Kielnarowa 108A; 36-020 Tyczyn** na rzecz zamawiającego **Instytut Techniki Budowlanej, ul. Filtrowa 1; 00-611 Warszawa** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 – Instytut Techniki Budowlanej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Rezerwacja, zakup i dostarczanie biletów lotniczych, kolejowych, autokarowych, promowych*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem nr 539929-N-2018 w dniu 4 kwietnia 2018 roku.

Dnia 29 czerwca 2018 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 4 lipca 2018 roku wykonawca WhyNotTravel sp. z o.o., sp.k. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na: czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, w tym oraz samodzielnie odrzucenia oferty WhyNotTravel sp. z o.o. sp.k. („*WhyNotTravel*”), zaniechania wezwania do wyjaśnienia wątpliwości zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny oraz odtajnienia zastrzeżonych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty WhyNotTravel pomimo, iż oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, odwołujący złożył wyjaśnienia na wezwanie, a wyjaśnienia wraz ze złożonymi dowodami nie potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 2) art. 90 ust 1. ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż zamawiający nie zwrócił się o udzielenie wyjaśnień w zakresie, który dalej budzi wątpliwości zamawiającego lub który zamawiający uznał za nieudowodniony,
- 3) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez ujawnienie informacji uznanych przez zamawiającego, za tajemnicę przedsiębiorstwa oraz ujawnienie informacji, których zamawiający niesłusznie nie uznał za tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego - zamawiający wprost uznał informacje wynikające z umów przekazanych przez odwołującego za tajemnicę przedsiębiorstwa, a mimo to postanowił odtajnić kalkulację opartą na informacjach wynikających z dowodów przekazanych przez wykonawcę. Ponadto odwołujący wykazał, iż wszystkie informacje przekazane zamawiającemu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wymaganie przekazywania dowodów w zakresie zakazu ujawniania wynagrodzeń pracowników oraz współpracowników należy uznać za zbyt daleko idące. Faktem notoryjnym jest, iż w polskiej kulturze

korporacyjnej i handlowej wynagrodzenia pracowników nie są podawane do publicznej wiadomości,

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

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu podjęcia następujących czynności:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) ponownego zbadania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że złożył ważną ofertę w postępowaniu, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Tymczasem, na skutek podjętych przez zamawiającego niezgodnie z prawem czynności, w szczególności dokonania błędnej oceny wyjaśnień odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny odwołujący może nie uzyskać niniejszego zamówienia z naruszeniem przepisów prawa. W wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp, odwołujący może ponieść szkodę, poprzez nieuzyskanie zamówienia, które zgodnie z przepisami powinno zastać udzielone właśnie odwołującemu. W ten sposób odwołujący nie osiągnie zysku z realizacji zamówienia, który powinien przyspaść właśnie jemu. Powyższe dowodzi, iż złożenie odwołania czyni zadość wymaganiom postawionym w art. 179 ust 1 ustawy Pzp, gdyż odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skutecznie przystąpienie zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Turystyczno-Handlowe Supertour sp. z o.o. (dalej: „przystępujący”). Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł za zamawiającym, o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, odwołujący podniósł, iż ceny wskazane w ofercie odwołującego są cenami na poziomie rynkowym i gwarantują wykonanie zamówienia oraz, iż nie było żadnej przesłanki do badania ceny oferty odwołującego, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący złożył kompletne wyjaśnienia zarówno, co do pełnego zakresu zamówienia, jak i co do pojedynczych pozycji kosztorysowych. Wyjaśnienia złożone przez odwołującego zostały przygotowane kompleksowo, zawierają odpowiedzi nie tylko na wątpliwości zamawiającego ale także zawierają dokładne przedstawienie podstaw do wyliczenia kosztów. Zarzuty zamawiającego w odniesieniu od wyjaśnień odwołującego, są całkowicie niezasadne. Szczególnie błędne podejście zamawiający prezentuje w kontekście wyliczenia wartości wynagrodzenia pracowników z umowy o pracę. Zamawiający całkowicie pominął fakt, iż kwota przewyższająca wartość wynagrodzenia brutto nie jest składnikiem wynagrodzenia, o czym świadczy m.in. słowo „brutto” oraz osobne ujęcie tej pozycji od innych obowiązków wynikających z danin publicznych przy badaniu rachunkowym spółki. Jednocześnie, jeżeli zamawiający skalkulował podatki i daniny za wykonawcę to powinien był również uwzględnić korzyść podatkową wynikającą z wypłaty wynagrodzenia oraz uiszczenia danin publicznych przez podmiot gospodarczy. Tak więc wyliczenia zamawiającego w tym zakresie są całkowicie niepoprawne. Zamawiający podczas oceny wyjaśnień odwołującego prezentuje podejście zbyt formalistyczne, sprzeczne z wielokrotnymi nowelizacjami systemu zamówień publicznych, poprzez wymaganie potwierdzenia każdego oświadczenia wykonawcy za pomocą dowodu. Z kolei liczne wątpliwości, co do analizy kalkulacji wykonawcy oraz złożonych dowodów, mogą zostać usunięte kolejnym wezwaniem, ale w istocie w ogóle nie powinny być kwestionowane przez zamawiającego, w zakresie złożonych przez odwołującego oświadczeń.

Odwołujący zaznaczył, iż wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jest to dokument tworzony indywidualnie dla każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie można

wymagać od takiego dokumentu szczególności rozbicia kosztów na poziomie pełnego sprawozdania finansowego. Oczywistym jest, iż wykonawca musi posługiwać się pewnymi uproszczeniami i założeniami umożliwiającymi działowi zamówień publicznych wykonawcy na prawidłową i wystarczająco dokładną kalkulację ceny oferty. Zamawiający natomiast nie ma ani uprawnień, ani wiedzy i doświadczenia do badania sprawozdania finansowego wykonawcy (które notabene, jest dokumentem powszechnie dostępnym i jawnym) lub sposobu prowadzenia przedsiębiorstwa. Nadto, na marginesie odwołujący dodał, iż przed złożeniem oferty odwołujący kalkulował swoją cenę do wartości zamówienia określonej na 952 886,00 zł netto, podanej przez zamawiającego w s.i.w.z. Tak więc w celu przygotowania wyjaśnień odwołujący musiał ponownie przeliczyć swoją kalkulację na nowych założeniach pod presją czasu. Ewentualne błędy w wyjaśnieniach wynikają prawdopodobnie właśnie z tej okoliczności.

Podsumowując, odwołujący wskazał, że spełnił swój obowiązek podczas postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, udzielając kompleksowych i szczegółowych wyjaśnień. Niemniej, z daleko posuniętej ostrożności procesowej odwołujący wskazał, iż przedstawi dodatkowe dowody na rozprawie.

W zakresie naruszenia przepisu art. 90 ust 1. ustawy Pzp, odwołujący podniósł, iż zamawiający dnia 20 kwietnia 2018 r. wezwał odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty. Odwołujący dnia 7 maja 2018 r. udzielił zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, w których przedstawił kalkulację ceny oferty w całości oraz szczegółowe pozycje kalkulacji.

Odwołujący wskazał, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny było nieprecyzyjne i blankietowe w swojej treści. W takim wypadku, jeśli po zapoznaniu się z treścią wyjaśnień rażąco niskiej ceny zamawiający posiadał dalej jakiegokolwiek wątpliwości (co wynika ze sformułowań użytych przez zamawiającego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 29 czerwca 2018 r. takich jak: „nie wskazał”, „nie wyjaśnił”, „nie udowodnił”, „tym samym brak załączenia dowodów nie pozwala na udowodnienie”), powinien on przed oceną merytoryczną wyjaśnień wezwać odwołującego do złożenia uzupełnienia wyjaśnień w zakresie wątpliwości jakie powstały. Dopiero na podstawie posiadanego szerokiego spektrum danych możliwa była rzetelna ocena ceny oferty zaproponowanej przez odwołującego. Brak danych stanowi istotny brak możliwości podjęcia decyzji merytorycznie wartościowej. Odrzucając ofertę na podstawie niepełnych informacji popartych niewyjaśnionymi wątpliwościami stanowi naruszenie zarówno art. 7 ust 1 ustawy Pzp jak i 90 ust 1 ustawy Pzp.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego i przystępującego.

Zamawiający w pkt 5 s.i.w.z. podał, iż *„Zamawiający wymaga, aby zamówienie było realizowane w okresie 24 miesięcy lub do przewidział wyczerpania kwoty 952 886,00 netto zł (słownie: dziewięćset pięćdziesiąt dwa tysiące osiemset osiemdziesiąt sześć złotych). Wyżej wymieniona kwota zawiera również koszt zakupu poszczególnych biletów.”*. Jak wynika z informacji z otwarcia ofert kwota przeznaczona na realizację zamówienia wynosi 750 000,00 zł lub 173 945,32 EUR. Zgodnie z pkt 2.4. protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, szacunkowa wartość zamówienia wynosi 750 000,00 zł lub 173 945,32 EUR.

W przedmiotowym postępowaniu złożono 4 oferty, z następującymi cenami:

- 1) Oferta nr 1 – 10 674,17 zł,
- 2) Oferta nr 2 (odwołujący) – 1 280,17 zł,
- 3) Oferta nr 3 – 14 967,38 zł,
- 4) Oferta nr 4 – 10 242,53 zł.

Wskazać należy, iż zgodnie z treścią punktu 16.8 s.i.w.z.: *„Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Rozdziale V - Istotne dla stron postanowienia umowy. Do ceny oferty nie wliczana jest wartość planowanych do zakupienia biletów”*. Punkt 16.7 s.i.w.z.: *„Zamawiający nie dopuszcza przenoszenia kosztów pomiędzy poszczególne pozycje kosztorysowe. Ceny podane w poszczególnych pozycjach muszą obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji kosztorysowej z zastrzeżeniem, iż w przypadku zaoferowania usług w ramach kryterium możliwości technologiczne w zakresie bezpieczeństwa podróży, ich koszt musi zostać ujęty w poszczególnych pozycjach kosztorysowych. Zaoferowanie cen na poziomie 1 grosza może skutkować wezwaniem Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny co do tej pozycji”*. Punkt 17.1 s.i.w.z.: *„Jeżeli zaoferowana cena, lub jej 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 (...)”*. Punkt 17.3 s.i.w.z.: *„Z uwagi na rozliczanie się Stron metodę kosztorysową, Zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny również co do poszczególnych pozycji kosztorysowych”*.

W konsekwencji, podstawą do badania rażąco niskiej ceny jest cena całkowita wynikająca z zsumowania wszystkich pozycji kosztorysowych, jak również ceny jednostkowe poszczególnych pozycji.

Zamawiający wzywając odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej, pod kątem ustalenia czy jest ona rażąco niska, podniósł co następuje „Na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w związku z faktem, iż cena złożonej przez Państwa oferty stanowi jedynie 13,78 % średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający zwraca się z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość całkowitej ceny ofertowej, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych i organizacyjnych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla 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 2017 r., poz. 847);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

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

Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z punktami 16.8 i 16.9 Tomu I SIWZ:

„16.8 Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Rozdziale V- istotne dla stron postanowienia umowy. (...)

16.9 Cena oferty powinna uwzględniać wszelkie należne opłaty, w szczególności podatki - w tym podatek VAT oraz wszelkie inne ewentualne obciążenia.(...)”.

Dodatkowo na podstawie art. 90 ust 1a ustawy Pzp w związku z punktem 17.3 Tomu I SIWZ Zamawiający zwraca się również o udzielenie szczegółowych, wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej Ceny w zakresie następujących, pozycji kalkulacji:

1. Wystawienie biletu kolejowego krajowego
7. Wystawienie biletu lotniczego międzynarodowego - Unia Europejska.

Oraz

2. Wystawienie biletu kolejowego zagranicznego
6. Wystawienie biletu lotniczego międzynarodowego - Europa poza UE
8. Wystawienie biletu lotniczego międzynarodowego - Ameryka Pn.
9. Wystawienie biletu lotniczego międzynarodowego - Azja + Australia
10. Wystawienie biletu lotniczego krajowego

Zamawiający przypomina, iż zgodnie z punktem 16.7 Tomu I SIWZ:

„Zamawiający nie dopuszcza przenoszenia kosztów pomiędzy poszczególne pozycje kosztorysowe. Ceny podane w poszczególnych pozycjach muszą obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji kosztorysowej z zastrzeżeniem, iż w przypadku zaoferowania usług

w ramach kryterium możliwości technologiczne w zakresie bezpieczeństwa podróży; ich koszt musi zostać ujęty w poszczególnych pozycjach kosztorysowych”. Zamawiający wskazuje również na konieczność złożenia dowodów potwierdzających rzetelność i wiarygodność przyjętych założeń kosztowych zarówno do ceny całkowitej ofert jak i poszczególnych pozycji kalkulacji objętych niniejszym wezwaniem (np. ofert kontrahentów, umów o pracę etc.). Przedłożone wyjaśnienia wraz z dowodami mają na celu ocenę możliwości wykonania przez Państwa przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną cenę, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Ocena wiarygodności i rzetelności założonych kosztów dokonana zostanie w świetle przedstawionych przez wykonawcę obiektywnych czynników. Zamawiający przypomina, że zgodnie z art. 90 ust. 2; „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy”. Jednocześnie informujemy, że na podstawie art. 90. ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający będzie zmuszony odrzucić ofertę Wykonawcy, który nie złoży wyjaśnień w wyznaczonym terminie (również w zakresie poszczególnych pozycji kalkulacji objętych niniejszym wezwaniem) lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.”.

Odwołujący na wezwanie zamawiającego złożył wyjaśnienia wskazując, między innymi na następujące okoliczności: posiada wykształconą i doświadczoną kadrę, przeciętne wynagrodzenie w miejscu, gdzie ma siedzibę odwołujący jest znacznie niższe niż np. w Warszawie, dysponuje własnym lokalem co wywołuje znacznie niższe koszty związane z czynszem niż w Warszawie, posiada autorskie dedykowane rozwiązania utworzone w ramach dotacji pozyskanych z UE oraz posiada ugruntowaną pozycję na branżowym rynku. Ponadto odwołujący do wyjaśnień załączył kalkulację własną wraz z kopiami umów o pracę oraz kopiami umów motywacyjnych z wybranymi liniami lotniczymi oraz przewoźnikami kolejowymi. Jednocześnie w zakresie wskazanym przez zamawiającego, dotyczącym wybranych pozycji kalkulacji odwołujący, poza określeniem liczby wystawianych biletów wskazał, iż *cenę przyjęte w kalkulacji są rzeczywiste i realne, oparte na wyliczeniach zgodnych w wymaganiami zamawiającego.*

W ocenie Izby wyjaśnienia podane przez odwołującego są nierzetelne, chaotyczne, a dowody przedstawione na ich poparcie nie potwierdzają okoliczności, które w wyjaśnieniach podaje odwołujący. Odwołujący wskazał, iż kalkulując swoją ofertę oparł koszty pracy na trzech pracownikach. Z treści załączonych umów o pracę wynikają stawki wynagrodzenia brutto należne poszczególnym pracownikom. Odwołujący wadliwie jednak przyjął jako koszt zatrudnienia pracowników jedynie te wartości (podane w umowach), nie doliczając składek na ubezpieczenia społeczne, które w związku z zatrudnieniem obowiązkowo ponosi sam odwołujący. Już tylko ta okoliczność wskazuje na wadliwość

wyliczeń dokonanych przez odwołującego, albowiem doliczając odpowiednie wartości, koszt pracy osób wskazanych przez odwołującego jest znacznie wyższy i po przeliczeniu powoduje stratę (a nie zysk) u odwołującego. Podstawiając powyższe wyniki do treści przygotowanego przez odwołującego zestawienia wynika, iż po pierwsze pozycje kosztorysowe - wystawienie biletu kolejowego krajowego oraz wystawienie biletu kolejowego zagranicznego przynoszą, zamiast zysku, straty. Po drugie koszty stałe według przyjętych przez odwołującego wartości: (...) godzin miesięcznie przeznaczonych na obsługę zamawiającego x (...) zł (rzeczywista godzinowa stawka świadczenia pracy) x 24 (czas trwania kontraktu) co daje kwotę (...) zł, wraz z kosztami prowadzenia biura (... zł) i kosztem dostosowania platformy (... zł) zawarte w kalkulacji poszczególnych pozycji (1,7,2,6,8,9,10) przewyższają planowany przychód (... zł). Tym samym świadczenie tych usług stanowiących istotną część całego zamówienia wedle samej kalkulacji przedstawionej przez odwołującego będzie przynosić straty, co potwierdza, iż zawarte w tych pozycjach ceny mają charakter cen rażąco niskich.

Odwołujący wskazał również, jako istotną część kosztotwórczą wykonania przedmiotowego zamówienia, koszty stałe prowadzenia działalności przedsiębiorcy, a dodatkowo proponuje działanie matematyczne, mające na celu wyliczenie tych kosztów w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia (podzielenie wartości umowy, przez wartość swojego obrotu i tak wyliczoną część kosztów stałych przyjmuje do kalkulacji - punkt 2 kalkulacji i przyjętych założeń), przy braku podania obrotu przedsiębiorstwa i wyliczenia wartości kosztów stałych (w tym przyjętej na potrzeby kalkulacji całości ceny ofertowej definicji), powoduje brak możliwości rzeczywistego zweryfikowania wyliczeń odwołującego, co implikuje z kolei konieczność stwierdzenia, iż odwołujący nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską (RNC).

Odwołujący podniósł również, iż za najistotniejszą cechę dotyczącą planowanych przychodów przyjął planowane do uzyskania przychody z tytułu uzyskiwanych od przewoźników opłat i prowizji.

Odwołujący przyjął do kalkulacji wartość prowizji od każdego zakupionego biletu na poziomie (...%) wartości usługi nie wskazując jednocześnie jakiegokolwiek kryterium, co do przyjęcia takiego poziomu. Wskazać należy, iż zamawiający nie wskazał żadnych danych wyjściowych mogących być podstawą do oczekiwań odwołującego korzystania z danej linii lotniczej czy też klasy podróży. Zamawiający z przyczyn obiektywnych nie wskazał również terminów ani dokładnych lokalizacji lotów. Zamawiający nie preferował też żadnej linii lotniczej zaznaczając jedynie, iż: *„Wykonawca dokona optymalnego wyboru przewoźnika oraz trasy pod względem ceny i czasu trwania podróży, z zastrzeżeniem, że Zamawiającemu służyć będzie każdorazowo prawo do akceptacji lub odmowy akceptacji wybranej trasy i przewoźnika”*.

Z załączonych do treści wyjaśnień dokumentów wynika natomiast, iż linie lotnicze nie oferują tak wysokiej stawki prowizji (a jedynie (...)); natomiast pozostałe linie przyjmują tak wysoki próg prowizji tylko przy spełnieniu określonych warunków (miejsca podróży, klasy czy odpowiednich obrotów sprzedażowych z danym przewoźnikiem). Należy również wspomnieć, iż zgodnie z punktem F OPZ: *„Na polecenie Zamawiającego, Wykonawca dokona rezerwacji, zakupu i dostarczenia biletów lotniczych, a także ich zmiany bądź anulowania na loty tanimi liniami lotniczymi”*, gdzie z reguły wartość prowizji jest mniejsza. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż poziom (...%) zastosowanej prowizji jest realny, możliwy do osiągnięcia i zakłada stosowną rezerwę kosztową po stronie odwołującego (np. w przypadku korzystania z linii nieoferujących tak wysokich prowizji), w szczególności nie przedstawiając odpowiedniego zestawienia, sposobu kalkulacji tak przyjętego poziomu, dowodów dotyczących poziomów sprzedażowych umożliwiających osiągnięcie odpowiedniego wskaźnika procentowego, itp.

Zdaniem Izby, powyższe rozważania, dotyczą także cen biletów, od których zarówno prowizja jak i koszt ubezpieczenia był liczony. Nie jest również znane, albowiem odwołujący nie wykazał, na jakiej podstawie, w treści swoich wyjaśnień przyjął, wartości dotyczące średniej ceny biletów. Tym samym wartości przyjęte przez odwołującego do kalkulacji nie mogą być uznane za wiarygodne.

Odwołujący nie wykazał również elementów ceny ofertowej, w szczególności nie przedłożył wyjaśnień i dowodów (np. szczegółowej kalkulacji cenowej), *co do całkowitego kosztu wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkich kosztów towarzyszących wykonaniu umowy, o których mowa w Rozdziale V - Istotne dla stron postanowienia umowy. (...) oraz należnym opłatom, w szczególności podatkom i innym ewentualnym obciążeniom (punkt 16.8 i 16.9 Rozdziału I SIWZ)*.

Odwołujący w treści swoich wyjaśnień wskazał również na poszczególne elementy kosztotwórcze bez wyjaśnienia i wskazania na jakiegokolwiek dowody potwierdzające wysokość przyjętych wartości tj.: wartość średniej ceny ubezpieczenia przyjęta na poziomie (...%), prowizje od towarzystw ubezpieczeniowych na poziomie (...%), koszt dostosowania platformy odwołującego dla zamawiającego w wysokości (...zł).

Tym samym brak przedstawienia dowodów nie pozwala na stwierdzenie, iż wartość wskazanych kosztów, a w konsekwencji zaoferowanej ceny ma charakter realny.

Ponadto odwołujący wskazał w treści swoich wyjaśnień na „obiektywne okoliczności” umożliwiające zaoferowanie wskazanych w formularzu ofertowym cen: doświadczenie i umiejętności kadry odwołującego potwierdzone certyfikatami, ugruntowaną pozycję na rynku sprzedaży biletów lotniczych pozwalającą na uzyskiwanie dodatkowych zysków od linii lotniczych, jednakże odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów na powyższe okoliczności (np. informacji o wykształceniu czy doświadczeniu pracowników), jak również nie przedłożył

stosownych wyliczeń mających dowodzić, jak wykazywane doświadczenie, umiejętności kadry czy ugruntowana pozycja na rynku sprzedaży biletów lotniczych miałyby się konkretnie przełożyć na zaoferowaną cenę. Zdaniem Izby, wykazywane okoliczności są wspólne dla wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, także ze względu na postawione warunki udziału w postępowaniu.

Dodatkowo odwołujący wskazał w treści swoich wyjaśnień, na posiadanie autorskich, dedykowanych rozwiązań utworzonych w ramach dotacji z Unii Europejskiej. Odwołujący podkreślił, iż posiadanie takiej dotacji wprost przekłada się na niższe koszty i wyższą jakość usług oferowaną przez odwołującego, jednakże w żaden sposób tych okoliczności nie wyjaśnił i nie przedłożył stosownych wyliczeń dotyczących obniżenia kosztu w związku z wystąpieniem tej okoliczności.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła wnioski dowodowe złożone na rozprawie przez odwołującego wskazując, iż: dowód nr 1 - wydruk kalkulacji biletu z systemu BSP - na okoliczność standardowej prowizji od sprzedaży biletu uzyskiwanego przez każdego agenta IATA która wynosi 0,001%, został złożony bez tłumaczenia na język polski, dowód nr 2 - rachunek zysków i strat za lata 2015/2016 oraz 2016/2017 potwierdza jedynie wzrost obrotu odwołującego w stosunku rok do roku, bez możliwości odniesienia tych informacji do wyjaśnień złożonych przez odwołującego, dowód nr 3 – s.i.w.z. z innego postępowania, prowadzonego przez innego zamawiającego – dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania.

Izba oddaliła również dowód złożony przez zamawiającego - zestawienie ofert jakie otrzymał od podmiotów w trybie zapytania poza procedurą, w celu poznania szacowanej wartości zamówienia, albowiem dotyczą informacji niezwiązanych z przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę przedmiotowego odwołania. Okoliczność, iż zamawiający otrzymał, przed wszczęciem procedury przetargowej, określone oferty z cenami, nie może przesądzać o wadliwości ceny ofertowej odwołującego, złożonej w ramach konkurencyjnego trybu zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż nie potwierdził się zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie zamawiającego polegające na nie zwróceniu się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień, które dalej budziły wątpliwości zamawiającego. W ocenie Izby, zamawiający w sposób prawidłowy dokonał wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień, wskazując szczegółowy zakres przedmiotu wyjaśnień, tym samym, zgodnie z przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Nie są zasadne twierdzenia odwołującego, że wezwanie zamawiającego było nieprecyzyjne i blankietowe w swojej treści, albowiem zamawiający szczegółowo podał jakiego rodzaju informacji żąda,

wraz z przytoczeniem odpowiednich postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wymienił poszczególne elementy kalkulacji, co do których miał zastrzeżenia. Nadto zamawiający wyznaczył termin na złożenie wyjaśnień, który w ocenie Izby był aż nadto wystarczający, bo ponad dwutygodniowy, czego odwołujący wcześniej (na etapie składania wyjaśnień) nie kwestionował.

Nie jest zasadne stanowisko odwołującego, że brak szczegółowych danych, nie przedstawionych przez odwołującego uniemożliwiających rzetelną ocenę wyjaśnień, wymusza na zamawiającym obowiązek ponownego wezwania odwołującego do złożenia bardziej szczegółowych wyjaśnień. W ocenie Izby wykonawca wezwany przez zamawiającego ma obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp) w taki sposób uzasadnić realność zaoferowanej ceny ofertowej, aby zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, co do jej rzetelności i prawidłowości. Ocena wyjaśnień, dokonywana przez zamawiającego oparta jest bowiem o argumentację i dowody złożone przez wykonawcę. To po stronie wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że cena nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający nie posiada uprawnień do zakreślania granic składanych wyjaśnień w obszarze w jakim żąda przedstawienia takich wyjaśnień. Wykonawca samodzielnie podejmując decyzję, co do treści składanych wyjaśnień, samodzielnie również podejmuje decyzję co do materiału dowodowego, który zamierza przedłożyć zamawiającemu. Uchybienia w tym zakresie obciążają wykonawcę. Nie jest zatem uprawnione twierdzenie, że niedostateczna argumentacja wraz z dowodami, złożona przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego, uprawnia do żądania nakazania zamawiającemu ponownego wezwania wykonawcy do złożenia kolejnych wyjaśnień. Takie ewentualne działanie zamawiającego może bowiem zostać uznane za naruszające zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Jak słusznie wskazała Izba w wyrokach: z dnia 10 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2278/17 *„Izba podkreśla, że z pewnością ponowne wezwanie do wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśniającej do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej ceny. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być uzasadnione w świetle wyjaśnień, czy dowodów przedłożonych za pierwszym razem. Zamawiający nie ma obowiązku ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień, jeśli wykonawca nie rozwiął jego wątpliwości, co do podejrzenia rażąco niskiej ceny i nie przedstawił na potwierdzenie powyższego stosowanych dowodów. W takiej sytuacji należy uznać, że wykonawca nie wywiązał się należycie z ciążącego na nim ciężaru dowodu.”* „(...) prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy”, czy też z dnia 6 listopada 2017 r., sygn. akt

KIO 2212/17 „Kolejne wezwanie wykonawcy w ww. zakresie w ocenie Izby nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających kalkulację ceny oferty.”. „Zgodnie z utrwalonym już w orzecznictwie Izby poglądem, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona (por. wyrok KIO z dnia 2 lutego 2016 r. sygn. akt: KIO 66/16).” oraz inne np. KIO 2717/17 z dnia 29 stycznia 2018 r. i KIO 266/18 z dnia 27 lutego 2018 r.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zarzut ten jest bezzasadny. Wskazać bowiem należy, iż odwołujący w żaden sposób nie udowodnił jego słuszności, nie przedstawił żadnej argumentacji, która mogła by przekonać Izbę, co do jego zasadności. Odwołujący, poza jednozdaniowym uzasadnieniem, nie wykazał, że informacje, które zostały przez niego zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa (TP), na taką ochronę zasługują.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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 ze zm.), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: