

WYROK

z dnia 20 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2013 r. przez Polskie Linie Lotnicze LOT Spółkę Akcyjną w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego w Warszawie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czynności odrzucenia oferty Polskich Linii Lotniczych LOT Spółki Akcyjnej w Warszawie oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Polskie Linie Lotnicze LOT Spółkę Akcyjną w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego na rzecz Polskich Linii Lotniczych LOT Spółki Akcyjnej w Warszawie kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 – Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego - prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie dla Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego usług w zakresie rezerwacji i dostarczania biletów na krajowe i zagraniczne pasażerskie przewozy lotnicze.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 1 grudnia 2012 r., pod numerem 2012/S 232-382057.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

23 kwietnia 2013 r. zamawiający przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Panią E..... K..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą TOP-PODRÓŻE E..... K..... w Szczecinie i o odrzuceniu oferty PLL LOT S.A. w Warszawie, który to wykonawca wniósł odwołanie z zachowaniem terminu ustawowego i obowiązku przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - przez ustalenie, że oferta PLL LOT S.A. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp - przez ustalenie, że oferta PLL LOT S.A. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i unieważnienie decyzji zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności oceny ofert oraz wybór, jako najkorzystniejszej oferty odwołującego oraz o przyznanie na rzecz odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odwołujący wywiódł, powołując wyjaśnienia udzielone zamawiającemu pismem z 20 kwietnia 2013 r., że określił w swojej ofercie cenę opłaty transakcyjnej pobieranej w związku ze sprzedażą biletów lotniczych przez tzw. kanały własne dystrybucji, zgodnie z wymogami wynikającymi z art. 12 pkt 3 i 4 SIWZ, gdyż w przypadku sprzedaży przez przewoźnika lotniczego biletów lotniczych przez tzw. kanały własne dystrybucji część kosztów związanych z wykonaniem ww. usługi wkalkulowana jest automatycznie w taryfę lotniczą. Jednocześnie z uwagi na zastrzeżenie z

pkt 3 SIWZ o wyeliminowaniu z ceny opłaty transakcyjnej kosztów biletu wynikających z taryfy lotniczej podał wysokość ceny opłaty transakcyjnej bez ww. kosztów.

Odwołujący podkreślił, iż sposób kalkulacji przez przewoźnika lotniczego kosztów wykonania usługi sprzedaży biletów lotniczych tj. rozłożenie tych kosztów w elementach ceny biletu lotniczego takich jak taryfa lotnicza i opłata transakcyjna nie powoduje obniżenia wartości oferty w stosunku do faktycznie ponoszonych kosztów wykonania usługi będącej przedmiotem niniejszego zamówienia.

W kwestii kalkulowania kosztów ceny opłaty transakcyjnej w przypadku pośredniczenia w sprzedaży biletów lotniczych innych przewoźników odwołujący wyjaśnił, iż okoliczność ta pozostaje bez jakiegokolwiek wpływu na prawidłowość kalkulacji. Odwołujący wskazał, że koszty związane z wykonywaniem usługi sprzedaży biletów lotniczych przez tzw. kanały własne dystrybucji kalkulowane są w taki sam sposób przez wszystkich przewoźników lotniczych, dlatego też oscylują na podobnym poziomie, zatem, koszty poniesione przez odwołującego w związku ze sprzedażą biletu lotniczego innego przewoźnika będą kształtowały się na podobnym poziomie co w przypadku sprzedaży biletu własnego, a ewentualne różnice zostaną pokryte z prowizji należnej odwołującemu od przewoźnika faktycznie wykonującego dany przewóz lotniczy.

Wyjaśnił, że przypadku sprzedaży biletów lotniczych innych przewoźników linia lotnicza - wystawca biletu rozlicza się z przewoźnikiem faktycznie wykonującym przewóz lotniczy przez przekazanie należności za bilet lotniczy pomniejszonej o wartość własnej prowizji. Odwołujący pokrywa więc ponoszone przez siebie koszty związane ze sprzedażą takich biletów głównie z zastosowanej taryfy przez potrącaną prowizję i w pozostałej części z opłaty transakcyjnej, czyli dokładnie tak jak w przypadku sprzedaży własnych biletów.

Odnosząc się do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp podkreślił, że zarzut zaferowania rażąco niskiej ceny odnosi się wyłącznie do ceny za realizację całego zamówienia, a nie jej elementu składowego, co znajduje uzasadnienie w brzmieniu przepisu i zbieżne jest z poglądem utrwalonym zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych. Podkreślił, że zarzut zamawiającego dotyczący rażąco niskiej ceny oferty odwołującego odnosi się do jednego z elementów przedmiotu zamówienia tj. ceny opłaty transakcyjnej a nie przedmiotu zamówienia jako całości, czyli usług w zakresie rezerwacji, zakupu oraz dostarczania biletów na krajowe i zagraniczne pasażerskie przewozy lotnicze.

Pani E..... K..... prowadząca działalność gospodarczą pod firmą TOP-PODRÓŻE E..... K..... w Szczecinie zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wniosła o oddalenie odwołania. Izba nie dopuściła Pani E..... K... do udziału w postępowaniu odwoławczym, gdyż informację o wniesieniu odwołania otrzymała

ona 30 kwietnia 2013 r., zatem termin na zgłoszenie przystąpienia - zgodnie z art. 185 ust. 2 Pzp - upływał 4 maja 2013 r. Oświadczenie wykonawcy zgłaszającego przystąpienie winno być doręczone Prezesowi Izby do końca tego dnia. Tymczasem przystąpienie wpłynęło 7 maja 2013 r. Bez znaczenia pozostaje upływ terminu w sobotę następującą bezpośrednio po tzw. „długim weekendzie majowym”. Dni wolne w czasie biegu terminu pozbawione są znaczenia prawnego dla liczenia terminu, zaś sobota nie jest dniem ustawowo wolnym od pracy i może być ostatnim dniem terminu wyznaczonego ustawą.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt 12 ust. 1 SIWZ zamawiający ustalił, że wartość biletu będzie obliczona każdorazowo na podstawie:

- a) ceny brutto biletu według taryfy przewoźnika obejmującej także podatki, wysokość opłaty lotniskowej oraz inne opłaty i należności związane bezpośrednio z przelotem, zwanej dalej ceną całkowitą biletu lotniczego oraz zaoferowanych przez wykonawcę w ofercie;
- b) ceny opłaty transakcyjnej za wystawienie jednego biletu (w złotych);
- c) upustu od ceny całkowitej biletu lotniczego (określonego w %).

Odpowiednio w § 4 ust. 1 wzoru umowy zamawiający postanowił, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy będzie stanowić równowartość faktycznie dostarczonych biletów (...).

Zgodnie z pkt 13 Specyfikacji Istotnych Warunków 4Zamówienia (dalej: SIWZ) kryteria oceny ofert stanowiły:

1. Cena opłaty transakcyjnej za wystawienie jednego biletu lotniczego (w złotych) — znaczenie kryterium (w %) 60 , liczba możliwych do uzyskania punktów - 60 punktów.
2. Upust od ceny całkowitej biletu lotniczego (określony w %) - znaczenie kryterium (w %) 40, liczba możliwych do uzyskania punktów - 40 punktów.

Natomiast zgodnie z pkt 12 ust. 3 SIWZ cena opłaty transakcyjnej za wystawienie jednego biletu lotniczego obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją zlecenia, w szczególności koszty rezerwacji, wystawienia i sprzedaży biletu (z wyłączeniem kosztów biletu wynikających z taryfy przewoźnika) wraz z dostarczeniem w miejsca

wskazane przez zamawiającego na terenie Warszawy, informowanie o zbliżających się terminach wykupu biletów, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, z uwzględnieniem stawki podatku VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami.

W pkt 12 ust. 4 SIWZ zamawiający wymagał, żeby cena opłaty transakcyjnej musi odzwierciedlać faktyczne koszty wystawienia biletu, być wyższa niż 0 zł i wyrażona w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

Pani E..... K..... w obu kryteriach zaproponowała odpowiednio:

- 20 złotych - tytułem ceny opłaty transakcyjnej za wystawienie jednego biletu lotniczego,
- 0,10 % - tytułem upustu od ceny całkowitej biletu lotniczego.

Natomiast Odwołujący:

- 0,01 zł - tytułem ceny opłaty transakcyjnej za wystawienie jednego biletu lotniczego,
- 2 % - tytułem upustu od ceny całkowitej biletu lotniczego.

18 marca 2013 r. zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień w zakresie elementów złożonej oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty.

W odpowiedzi odwołujący pismem z 20 marca 2013 r. złożył pisemne wyjaśnienia, w których wskazał zastosowany przez siebie jako przewoźnika lotniczego mechanizm kalkulacji wysokości opłaty transakcyjnej. Odwołujący podkreślił, że przewoźnik lotniczy kalkuluje koszty wykonania usługi sprzedaży biletów lotniczych w zupełnie inny sposób, niż czyni to agent tj. podmiot, który pośredniczy jedynie w imieniu linii lotniczej w sprzedaży biletów lotniczych. Różnice te wynikają głównie z faktu, iż w odróżnieniu do agenta, którego głównym źródłem wpływów prowadzonej działalności w zakresie sprzedaży biletów lotniczych jest opłata za wystawienie biletu lotniczego oraz prowizja od linii lotniczej, przewoźnik lotniczy generuje zysk w oparciu o wpływy z tytułu zastosowanych taryf lotniczych, które stanowią główny element ceny biletu lotniczego. Przewoźnik lotniczy kalkuluje znaczną część kosztów z tytułu wykonania usługi sprzedaży biletów lotniczych bezpośrednio w taryfie lotniczej. Pozostałą, mniejszą część ww. kosztów, które mają charakter stały odzwierciedla opłata transakcyjna.

Odwołujący wskazał też, że sprzedając bilety lotnicze korzysta z własnych kanałów dystrybucji i nie ponosi kosztów, obciążających agenta.

Podkreślił, że w przypadku tzw. sprzedaży wielko wolumenowej, która ma miejsce w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przez jednostki budżetowe o dużym potencjalne podróży, koszty stałe ponoszone przez przewoźnika lotniczego rozkładają się na duży wolumen biletów lotniczych co wpływa na spadek jednostkowych kosztów przewoźnika i pozwala na redukcję ceny opłaty transakcyjnej nawet do 0,01 zł. Ponadto, sprzedaż przez tzw. kanały własne dystrybucji pozwala przewoźnikowi lotniczemu na wyeliminowanie kosztów związanych z tzw. prowizją oraz kosztów systemów rezerwacyjnych, które musiałby ponieść w

przypadku sprzedaży biletów lotniczych za pośrednictwem agenta.

Odwołujący wyjaśnił również, że w oparciu o odpowiednie umowy jest Generalnym Agentem Sprzedaży dla wszystkich linii lotniczych zrzeszonych w IATA i otrzymuje z tytułu sprzedaży biletów innych przewoźników odpowiednią prowizję.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie,

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp potwierdził się.

Wstępnie należy zauważyć, że zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego powoływał brak spełniania wymagań opisanych w pkt 12 ust. 3 i 4 SIWZ co do sposobu kalkulacji ceny oferty. Błąd w obliczeniu ceny stanowi podstawę odrzucenia oferty wskazaną w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, podczas gdy pojęcie „treść oferty”, którym posługuje się art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, odnosi się do spełniania przez wykonawcę wymagań istotnych z punktu widzenia wykonania zamówienia publicznego.

Wymagania zamawiającego opisane w pkt 12 ust. 3 SIWZ różnicują sytuację potencjalnych wykonawców w zależności od tego, czy są agentami, czy przewoźnikami lotniczymi.

Jeśli ofertę składa agent, pośredniczący w sprzedaży biletów lotniczych, w opłacie transakcyjnej ujmuje on koszty związane z wystawieniem biletu oraz wykonaniem innych czynności wymaganych przez zamawiającego, gdyż to właśnie opłata obok prowizji od sprzedanych biletów lotniczych stanowi źródło jego przychodu. Natomiast w przypadku przewoźnika lotniczego, którego podstawowym źródłem przychodu jest wynagrodzenie z tytułu taryfy lotniczej, posiadającego własne kanały dystrybucji biletów, koszty związane z obsługą procesu sprzedaży biletów stanowią koszt działalności jego przedsiębiorstwa liczonego co do zasady już w ciężar taryfy lotniczej.

Tym samym pominięcie taryfy lotniczej wywiera całkowicie odmienny wpływ na wysokość ceny ofert składanych przez przewoźników lotniczych oraz przez agentów.

Nie ma przy tym znaczenia, że w przypadku uzyskania zamówienia przewoźnik

będzie sprzedawał również bilety innych przewoźników lotniczych. W tym bowiem przypadku przewoźnik wysokość opłaty transakcyjnej wiąże z otrzymywaną prowizją wynikającą z umowy łączącej go z daną linią lotniczą. Zasady logiki i doświadczenie życiowe wskazują, że podobnie czyni i agent sprzedający bilety. Różnica polega na tym, jak podniósł odwołujący na rozprawie i co Izba uznała za wiarygodne, że zasady rozliczenia między przewoźnikami są korzystniejsze, niż zasady obowiązujące w stosunkach między przewoźnikiem a działającym na jego rzecz agentem.

Postępowania, których przedmiotem jest świadczenie usług w zakresie rezerwacji i dostarczania biletów na krajowe i zagraniczne pasażerskie przewozy lotnicze, mają swoją specyfikę wyrażającą się w tym, że wykonawcy konkurują ze sobą wysokością opłat transakcyjnych oraz upustów na cenie biletów, a w wyniku wykonania umowy otrzymują wynagrodzenie w wysokości ceny sprzedanych biletów. Skoro na całkowitą cenę biletu lotniczego, którą zamawiający będzie zobowiązany zapłacić z tytułu wykonywania umowy składają się koszty taryfy lotniczej i koszty opłaty transakcyjnej, to zamawiający płacąc cenę biletu lotniczego pokryje wszystkie ponoszone przez przewoźnika lotniczego koszty związane z wykonaniem usługi sprzedaży biletu lotniczego.

Niewątpliwie postanowienia specyfikacji powodują przewagę konkurencyjną wykonawców będących przewoźnikami lotniczymi. Na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty nie może to jednak przynieść skutku w postaci odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący bowiem zgodnie z wymaganiami zamawiającego pominął koszty taryfy lotniczej, co wywarło decydujący wpływ na wysokość opłaty transakcyjnej.

Oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Utrwalony w doktrynie, jak i w orzecznictwie jest pogląd, że i przedmiotem badania w przypadku zaistnienia wątpliwości co do zaoferowania przez danego wykonawcę rażąco niskiej ceny powinna być cena za realizację całego przedmiotu zamówienia. Znajduje to oparcie w treści art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Tymczasem twierdzenia zamawiającego zmierzały do wykazania, że rażąco niska jest cena z tytułu opłaty transakcyjnej, bez wykazania znaczenia zarzucanego zaniżenia wysokości opłaty dla ceny całej oferty. Ciężar dowodu okoliczności uzasadniających odrzucenie oferty spoczywał na zamawiającym zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp.

Prezentowana wykładnia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w odniesieniu do usług stanowiących przedmiot zamówienia w związku z wysokością opłaty transakcyjnej 0,01 zł była już wyrażana w orzecznictwie Izby (wyroki z 31 października 2012 r., sygn. akt KIO 2115/12 i KIO 2129/12 oraz z 18 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 240/13).

Nieadekwatne do okoliczności sprawy są twierdzenia zamawiającego, że z kwoty opłaty transakcyjnej nie sposób pokryć kosztów działalności związanej z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Zamawiający pomija przy tym, że zarówno agent, jak i przewoźnik lotniczy uzyskują przychód związany ze sprzedażą biletów, którego źródłem nie jest opłata transakcyjna odpowiednio: agent – prowizję od linii lotniczych, przewoźnik – taryfę lotniczą (której wartość w przypadku sprzedaży przez własny kanał dystrybucji nie jest obciążona prowizją płaconą agentowi). Nie można przy tym pomijać, że możliwość sprzedaży większej ilości biletów przekłada się na możliwość zmniejszenia opłaty transakcyjnej, zgodnie z zasadą im większy obrót tym mniejsza cena jednostkowa.

Rozważania poczynione powyżej na kanwie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp są aktualne również w odniesieniu do ceny oferty odwołującego.

Oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu z przyczyn wskazanych przez zamawiającego, zamawiający zobowiązany jest do jej oceny zgodnie z kryteriami przyjętymi w SIWZ. Izba nie nakazuje dokonania wyboru wskazanej oferty najkorzystniejszej mając na uwadze dyspozycję art. 192 ust. 6 Pzp Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 i 3 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyników postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:.....