

**Sygn. akt KIO 2031/14**

**WYROK**  
**z dnia 13 października 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 października 2014 r. przez First Class Spółkę Akcyjną w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego w Warszawie

przy udziale Polskie Linie Lotnicze LOT Spółki Akcyjnej w Warszawie zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża First Class Spółkę Akcyjną w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez First Class Spółkę Akcyjną w Warszawie tytułem 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 w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług w zakresie rezerwacji, zakupu oraz dostarczania biletów na krajowe i zagraniczne pasażerskie przewozy lotnicze.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 kwietnia 2014 r. pod numerem 2014/S 080 - 140138.

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

W związku z przesłaniem przez zamawiającego 22 września 2014 r. informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o ofertach odrzuconych First Class S.A. w Warszawie wniosła odwołanie 1 października 2014 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż nie spełniała ona przesłanki rażąco niskiej ceny;
2. art. 90 ust 2 Pzp przez pominięcie, czy niedostateczne rozważenie przy weryfikacji ceny zaoferowanej przez odwołującego, czynników obiektywnych wskazanych w tymże przepisie, w szczególności wyjątkowo sprzyjających warunków dotyczących realizacji zamówienia przez odwołującego, oszczędności metody wykonania zamówienia, czy wybranych rozwiązań technicznych;
3. art. 91 ust 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, podczas gdy posiada ona przymioty najkorzystniejszej w wyniku zastosowania kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenia czynności badania ofert, ich oceny oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego i o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego przez zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego na rzecz

odwołującego wraz z kosztami zastępstwa procesowego oraz opłatą skarbową od pełnomocnictwa.

Wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów:

1. z przesłuchania strony, w osobie Prezesa Zarządu odwołującego – R. O. - na okoliczność wykazania, iż sposób świadczenia usług przez odwołującego oraz cechy obiektywne, którymi się wyróżnia sprawiają, że cena zaoferowana przez odwołującego nie ma charakteru rażąco niskiej;
2. z symulacji wyników postępowania przy uwzględnieniu oferty złożonej przez odwołującego i BBP TRAVELBANK sp. z o.o.

Wykonawca Polskie Linie Lotnicze LOT S.A., którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie, która wpłynęła do Prezesa Izby 10 października 2014 r. wniósł o oddalenie odwołania.

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

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z pkt 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej również jako: „SIWZ”) przedmiotem zamówienia jest świadczenie dla zamawiającego usług w zakresie rezerwacji, zakupu oraz dostarczania biletów na krajowe i pasażerskie przewozy lotnicze. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określony został w załączniku nr 1 do SIWZ. W załączniku tym zamawiający wskazał, że przewozy lotnicze dotyczyć mają tras europejskich, pozaeuropejskich oraz krajowych. Wykonawca został zobowiązany do zapewnienia całodobowej, kompleksowej obsługi w zakresie świadczonych usług, stosowania powiadomień e - mailowych, wystawiania biletów elektronicznych bądź papierowych, dostarczania biletów na warunkach przewidzianych oraz wyznaczenia pracowników oraz ustanowienia linii telefonicznej do kontaktów z pracownikami zamawiającego.

W pkt 12 ppkt 1 siwz zamawiający wskazał, że ceną oferty w niniejszym postępowaniu jest cena opłaty transakcyjnej za wystawienie jednego biletu lotniczego obejmująca wszystkie koszty związane z realizacją zlecenia, w szczególności koszty rezerwacji, wystawienia i sprzedaży biletu (nie wlicza się kosztów biletu wynikających z taryfy przewoźnika) wraz z dostarczeniem ich

w miejsca wskazane przez zamawiającego na terenie Warszawy, informowanie o zbliżających się terminach wykupu biletów, zgodnie z wymaganiami określonymi w załącznikach nr 1 i 2 do SIWZ, z uwzględnieniem stawki VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami. Pkt 12 ppkt 2 stanowił, że cena opłaty transakcyjnej musi odzwierciedlać faktyczne koszty wystawienia biletu, o których mowa w ppkt 1, musi być wyższa niż 0 zł i wyrażona w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. W pkt 13 SIWZ zamawiający jako kryteria oceny ofert ustalił: cenę opłaty transakcyjnej za wystawienie jednego biletu lotniczego, wyrażoną w polskich złotych (60 punktów) oraz upust od ceny całkowitej biletu lotniczego, określony w stawce procentowej (40 punktów) (kopia siwz, w aktach sprawy).

W postępowaniu złożono 5 ofert z cenami odpowiednio:

FURNEL Travel International Sp. z o.o. - 7 zł ;

Odwołujący – 1 gr;

BBP TRAVELBANK Sp. z o.o. – 1 gr;

Przystępujący – 3 zł.;

PPTH SUPERTOUR Sp. z o.o. – 30 zł (kopia protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, w aktach sprawy).

5 września 2014 r. zamawiający na podstawie art. 90 ust 1 Pzp wystąpił do odwołującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów złożonej oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że treść złożonych wyjaśnień powinna potwierdzać, że cena opłaty transakcyjnej za wystawienie jednego biletu pozwala pokryć wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. Zamawiający przywołał pkt 12 ppkt 1 SIWZ w tym zakresie stosowne postanowienia SIWZ, z których to wynikało, że wspomniana cena opłaty transakcyjnej winna obejmować wszystkie koszty związane z realizacją zlecenia, w szczególności koszty rezerwacji, wystawienia i sprzedaży biletu (z pominięciem kosztów biletów wynikających z taryfy przewoźnika), wraz z dostarczeniem w określone miejsca na terenie Warszawy, informowaniem o zbliżających się terminach wykupu biletów, ze stosownym uwzględnieniem podatku VAT (kopia pisma z 5 września 2014 r., w aktach sprawy).

W odpowiedzi z 8 września 2014 r. odwołujący wyjaśnił, że zaoferowana przez niego cena opłaty transakcyjnej uwzględnia wszelkie zobowiązania, koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami ustalonymi przez zamawiającego. Wskazał, iż cena ta uwzględnia zorganizowanie oraz zabezpieczenie kompleksowej realizacji przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu wymogów wynikających z przepisów obowiązujących lokalnie oraz w krajach docelowych. Odwołujący oświadczył, że opłata transakcyjna nie stanowi jedyne przychodu wykonawcy z tytułu sprzedaży biletów podróży, gdyż niezależnie od niej, odwołujący uzyskuje przychód z tytułu między innymi, premii wypłacanych przez dostawców, opłat za wystawianie biletów, opłat należnych od operatorów systemów prowizyjnych, czy funduszków

marketingowych uiszczanych przez linie lotnicze (kopia pisma z 8 września 2014 r. w aktach sprawy).

### **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, który złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba zważyła, że wobec jasnej dyspozycji postanowienia pkt 12 ppkt 1 i 2 siwz, uzasadnione były wątpliwości zamawiającego co do wysokości opłaty transakcyjnej wskazanej w ofercie przez odwołującego. Słusznie zatem zamawiający wystąpił do odwołującego o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na jej cenę. Wezwanie skierowane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp było dostatecznie precyzyjne, wskazywało bowiem jaki element oferty odwołującego budzi wątpliwości zamawiającego oraz powoływało źródło tych wątpliwości.

Izba uznała, że zamawiający dokonał prawidłowej oceny wyjaśnień odwołującego i odrzucił złożoną przez niego ofertę zgodnie z prawem.

Dostrzec trzeba, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny swojej oferty zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień szczegółowych, odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska.

Izba uznała, że odwołujący nie sprostął powinności nałożonej przez przepisy ustawy, zatem jego oferta podlega odrzuceniu. Zgodnie bowiem z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa złożenie wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Dokonywana w postępowaniu odwoławczym ocena czynności zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty po uzyskaniu wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp koncentruje się na owych wyjaśnieniach, które dotyczyć powinny indywidualnej sytuacji wykonawcy.

Zamawiający był uprawniony do tego, aby ocenić wyjaśnienia złożone przez odwołującego jako zbyt ogólnikowe i nie potwierdzone żadnymi dowodami.

Dowody, których przeprowadzenia przez Izbę żądał odwołujący nie mogą odnieść zakładanego skutku. Prawidłowego obliczenia ceny oferty odwołującego nie może

potwierdzić symulacja wyników postępowania przy uwzględnieniu oferty złożonej przez odwołującego i BBP TRAVELBANK Sp. z o.o., która z powodu wskazania ceny opłaty transakcyjnej w wysokości 1 gr została odrzucona przez zamawiającego.

Przesłuchany w charakterze strony Prezes Zarządu odwołującego - Pan R. O. - nie wskazał na okoliczności faktyczne wyróżniające sposób świadczenia usługi przez odwołującego, z których miałyby wynikać prawidłowe obliczenie ceny opłaty transakcyjnej. Strona w sposób ogólny polemizowała jedynie z twierdzeniami swych przeciwników w sporze i podawała – również w sposób uogólniony – specyfikę świadczenia usług przez agencję mającą budować przewagę agencji nad liniami lotniczymi. Twierdzenia te można odnieść do każdej z agencji działających na rynku, w tym uczestniczących w badanym postępowaniu. Nie wynikają z nich ponadto okoliczności charakterystyczne wyłącznie dla odwołującego.

Twierdzenie o rynkowym charakterze podanej ceny opłaty transakcyjnej odwołujący budował również na analizie orzecznictwa.

Zgodnie z poglądami wyrażanymi w orzecznictwie cena 1 gr za opłatę transakcyjną bywa postrzegana jako rażąco niska (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 20 sierpnia 2013 r., sygn. akt V Ca 2047/13, *niepubl.*), w innych orzeczeniach cena taka jest aprobowana (por. wyroki KIO z 17 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1125/14 oraz z 31 października 2012 r. sygn. akt KIO 2115/12, KIO 2129/12, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)).

Poglądy prezentowane w uzasadnieniach powołanych orzeczeń zawierają ocenę w indywidualnych okolicznościach faktyczne danego przypadku, gdyż badanie ceny oferty powinno następować *ad casum*.

Powoływane przez odwołującego orzeczenia Izby z 17 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1125/14 oraz z 12 września 2014 r. sygn. akt KIO 1772/14 nie zawierały odniesienia do wymagań SIWZ w tych postępowaniach, zaś w sprawie KIO 1772/14 cena nie była przedmiotem sporu przed Izbą. Relewantne dla oceny zarzutów odwołania jest natomiast uzasadnienie orzeczenia Sądu Okręgowego w Warszawie z 20 sierpnia 2013 r., sygn. akt V Ca 2047/13, które Sąd Okręgowy sformułował w wyniku skargi niniejszego zamawiającego wobec takich samych wymagań SIWZ oraz w związku z podaniem ceny opłaty transakcyjnej w wysokości 1 gr. Ocena prawna wyrażona przez Sąd Okręgowy znajduje zastosowanie w badanej sprawie.

W ślad za stanowiskiem Sądu Okręgowego Izba zważyła, że wobec jednoznacznych wymagań SIWZ niewątpliwie jest, że cena 1 gr nie pokryje niezbędnych kosztów związanych z wystawieniem biletu, na które składają się m.in. wynagrodzenie pracowników, materiał na bilet, najem lokalu, dostarczenie biletu, obsługa telefoniczna itp.

Zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia.

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

**Przewodniczący:** .....