

WYROK
z dnia 20 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 grudnia 2022 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **05 grudnia 2022 r.** przez wykonawcę: **Cristal Travelnet Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 34, 19-300 Ełk** w postępowaniu prowadzonym przez **Bydgoską Agencję Rozwoju Regionalnego Sp. z o.o., ul. Unii Lubelskiej 4c, 85-059 Bydgoszcz**

przy udziale wykonawcy **Sun & More Sp. z o.o., ul. Antoniego Madalińskiego 8/lok.215, 70-101 Szczecin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie.**
2. kosztami postępowania obciąża **Cristal Travelnet Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 34, 19-300 Ełk** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500,00 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Cristal Travelnet Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 34, 19-300 Ełk** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Kompleksowa organizacja udziału przedsiębiorców w misjach gospodarczych na świecie (z wyłączeniem Europy)*”, (znak postępowania nadany przez Zamawiającego: SMB/ZP/32), zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 2022/BZP 00419213/01, data zamieszczenia 02 listopada 2022 r. przez Bydgoska Agencja Rozwoju Regionalnego Sp. z o.o., ul. Unii Lubelskiej 4c, 85059 Bydgoszcz zwane dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), zwana dalej: „*NPzp*” albo „*ustawy Pzp*” albo „*p.z.p*”.

W dniu 29.11.2022 r. (za pośrednictwem platformazakupowa.pl) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej Sun & More Sp. z o.o., ul. Antoniego Madalińskiego 8/lok.215, 70-101 Szczecin zwana dalej: „Sun & More Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęło UpHotel Sp. z o.o., ul. Solna 4, 58-500 Jelenia Góra zwana dalej: „UpHotel Sp. z o.o.”. Trzecia pozycja w rankingu złożonych ofert zajęło Cristal Travelnet Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 34, 19-300 Ełk zwana dalej: „Cristal Travelnet Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”.

Dnia 05.12.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 29.11.2022 r. złożył Cristal Travelnet Sp. z o.o. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem).

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił następujące naruszenia:

- 1) art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień Sun&More sp. z o.o. w zakresie zaoferowanej ceny i uznanie ich za potwierdzające prawidłowość skalulowania ceny przez tego Wykonawcę, mimo, że wyjaśnienia złożone przez tego Wykonawcę są lakoniczne, ogólnikowe, oraz potwierdzają, że łączna wartość oferty brutto tego Wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, zawiera ona rażąco niską cenę, co stanowi również naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sun&More sp. z o.o. jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia

1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w której Wykonawca ten przerzucił część kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia do kosztów realizacji innych umów;

3) art. 224 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania UpHotel sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez Wykonawcę ceny, a które to wezwanie było obligatoryjne ze względu na fakt, że cena całkowita oferty tego Wykonawcy jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, a ponadto cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wskazując na powyższe zarzuty, wnosił o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy - Sun&More sp. z o.o.,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert pozostałych w przedmiotowym postępowaniu,
- 4) nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawcy UpHotel sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny oferty,
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie.

Dnia 02.11.2022 r. opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Bydgoską Agencję Rozwoju Regionalnego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: „Kompleksowa organizacja udziału przedsiębiorców w misjach gospodarczych na świecie (z wyłączeniem Europy)”, (znak postępowania nadany przez Zamawiającego: SMB/ZP/32). Tego samego dnia Zamawiający opublikował Specyfikację Warunków Zamówienia zwana dalej: „SWZ” na platformie zakupowej Zamawiającego.

Kryteriami oceny ofert były: cena brutto - 80 % oraz termin przedstawienia oferty podróży - 20 %. W załączniku nr 3 do SWZ - formularzu ofertowym, doprecyzowano, że w ramach kryterium „Cena brutto” Zamawiający wymaga zaoferowania ceny brutto za realizację usługi doradztwa, organizacji i obsługi 4 wyjazdów.

Dnia 10.11.2022 r. Zamawiający opublikował informację z otwarcia ofert. Ofertę złożyło pięciu wykonawców. Zamawiający 10.11.2022 r. wezwał Wykonawcę Sun&More sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. W tym samym dniu – 10.11.2022 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Sun&More sp. z o.o., na podstawie art. 274 Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia, potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wymienionych w SWZ w rozdziale XI ust. 3 i 4.

Dnia 16.11.2022 r. Wykonawca Sun&More sp. z o.o. złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. W dniu 22.11.2022 r. Zamawiający wezwał Sun&More sp. z o.o., na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, do uzupełnienia dokumentów we właściwej formie.

Dnia 29.11.2022 r. Zamawiający poinformował o wynikach oceny i badania ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę Wykonawcy Sun&More sp. z o.o.

Zamawiający niezasadnie zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy Sun&More sp. z o.o., pomimo że oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem. Na podstawie wyjaśnień Wykonawcy złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, nie sposób uznać, że zaoferowana cena jest ceną adekwatną do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych, przez cenę rażąco niską należy rozumieć:

- 1) „...cenę, wobec której oczywiste jest dla wszystkich, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31.12.2014 r., sygn. akt: KIO 2654/14),
- 2) „...cenę niewiarygodną, oderwaną całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo o oferowanie usług za symboliczną kwotę” (Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30.01.2007 r., sygn. akt: XIX Ga 3/07),
- 3) „...cenę, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1441/07),
- 4) cenę, która „...grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości” (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19.06.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-696/07),
- 5) „...cenę nierealną, niewiarygodną i oderwaną od realiów rynkowych, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe. Tego rodzaju charakterystyka ceny jest uznawana za odpowiadającą użytemu w przepisie pojęciu "rażąca". Dla odrzucenia oferty konieczne jest zaistnienie owej rażącej dysproporcji w stosunku do przedmiotu zamówienia (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2824/14; KIO 12/15).

Zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp, 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. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, „Celem postępowania wyjaśniającego sposób kalkulacji ceny jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe

wykonanie przedmiotu zamówienia - procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Wezwany do złożenia wyjaśnień wykonawca w ramach odpowiedzi na wezwanie powinien przedłożyć wyjaśnienia i dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, zaś zamawiającemu pozwolą zweryfikować wiarygodność i prawidłowość przedłożonych wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytnie i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami (art. 224 ust. 5 p.z.p.), ponieważ brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie 226 ust. 1 pkt 8w. zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p. (...) Złożenie wyjaśnień nieprzydatnych dla określenia kosztów przyjętych w cenie oferty powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p., ponieważ nie wykazano, że koszty te zostały skalkulowane w sposób prawidłowy, co jest to równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07.07.2021 r., sygn. akt: KIO 1462/21; KIO 1481/21). Ponadto, Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że „ Wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty co do zasady jest konsekwencją stwierdzenia faktu, że cena ta w sposób zauważalny odbiega od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen innych ofert. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia, uwzględnić wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Podkreślić przy tym trzeba, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie tego rodzaju okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Nie mniej istotne znaczenie ma również ustawowy obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub o ich istotnych części składowych.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.07.2021 r., sygn. akt: KIO 1679/21).

Użyte w art. 224 ust. 6 Pzp sformułowanie „odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień” oznacza również sytuację, gdy wykonawca składa wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy. Jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień, przy czym za niezłożenie wyjaśnień należy uznać również złożenie wyjaśnień lakonicznych, lub złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie doprowadziły do obalenia domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp (Prawo zamówień publicznych. Komentarz UZP pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021,

komentarz do art. 224 Pzp). Powyższe potwierdza między innymi wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2016 r., w którym „Izba, w składzie rozpoznającym niniejsze odwołanie, podziela pogląd ugruntowany już w orzecznictwie, że sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nieadekwatne do wezwania zamawiającego, nie pozwalające na ustalenie, że cena oferty została obliczona prawidłowo, jest taka sama jak sytuacja prawna wykonawcy, który wyjaśnień nie złożył w ogóle. W obu przypadkach oferta podlega odrzuceniu” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 722/16). Podstawa do odrzucenia oferty występuje zatem między innymi w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są wystarczająco konkretne, kompletne czy rzetelne. W takiej sytuacji zamawiający nie ponawia wezwania do wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień ceny (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 sierpnia 2021 r., sygn. akt: KIO 2041/21).

Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, gdy całkowita cena 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. Przedmiotowy przepis obliguje Zamawiającego do każdorazowego wezwania Wykonawcy, którego oferta spełnia powyższe warunki, do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Istotnym przy tym jest, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę.

Wobec powyższego oferta Sun&More sp. z o.o. powinna zostać odrzucona, a oferta Wykonawcy UpHotel sp. z o.o. poddana obligatoryjnemu badaniu rażąco niskiej ceny. Ponadto wyjaśnienia złożone przez Sun&More sp. z o.o. są lakoniczne i w żaden sposób nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, co wynika w szczególności z poniższego.

1. Sposób obliczenia ceny w ofercie

Zgodnie z Rozdziałem XVI SWZ: „1. Cena oferty to łączna wartość oferty brutto wskazana przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym zgodnym z Załącznikiem nr 3 do SWZ, stanowiąca koszt usługi doradztwa, organizacji i obsługi 4 (czterech) Wyjazdów, bez kosztów 9 10 11 logistyki. 2. Cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia.”

Zamawiający przy wyborze oferty kierował się następującymi kryteriami i wagami oceny ofert:

- 1) Cena brutto - 80%,
- 2) Termin przedstawienia ofert podróży - 20%,

przy czym formularz ofertowy został skonstruowany w taki sposób, aby w ramach kryterium „cena brutto” dokonać oceny jedynie usługi doradztwa, organizacji i obsługi Wyjazdu, do których nie zaliczają się koszty z tytułu logistyki Wyjazdów, a więc: „koszty, które będą podlegały refundacji na rzecz Wykonawcy przez Zamawiającego, tj. bilety lotnicze, usługa hotelowa ze śniadaniem i transferem zagranicą, ubezpieczenie, bilety wstępu na Wydarzenie (jeśli dotyczy), Opiekun/Rezydent w miejscu docelowym Misji gospodarczej (jeśli dotyczy)”.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że wartość szacunkowa brutto Kosztów z tytułu logistyki 4 wyjazdów, służącej do porównania ofert wynosi 308.000,00 zł.

Zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ:

<i>Lp.</i>	<i>Przedmiot oferty</i>	<i>Cena jednostkowa brutto za 1 (jeden) Wyjazd</i>	<i>Liczba Wyjazdów (zamówienie podstawowe)</i>	<i>Łączna wartość oferty brutto (AxB)</i>
		<i>A</i>	<i>B</i>	<i>C</i>
<i>1.</i>	<i>Usługa doradztwa, organizacji i obsługi Wyjazdu *</i>		<i>4</i>	

* Cena ta nie obejmuje kosztów z tytułu logistyki Wyjazdów (tj. bilety lotnicze, usługa hotelowa ze śniadaniem i transferem zagranicą, ubezpieczenie, bilety wstępu na Wydarzenie, zapewnienie Opiekuna/Rezydenta w miejscu docelowym Misji).

<i>Słownie łączna wartość oferty brutto</i>	
<i>Wysokość stawki VAT wliczona w wartość oferty brutto (%)</i>	
<i>Podstawa prawna podatku od towaru i usług, jeśli jest inna niż 23%</i>	

Ze Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia wynika, że oferta brutto dotyczy wyłącznie kosztów związanych z zapewnieniem Koordynatora: „Wykonawca zobowiązany jest do wskazania po jego stronie 1 (jednej) osoby odpowiedzialnej za koordynację realizacji pełnego zakresu zadań w ramach Przedmiotu zamówienia od momentu podpisania umowy do jej rozliczenia, tj. m.in. za:

- a) bieżący kontakt (m.in. telefoniczny, mailowy) z Zamawiającym i Przedsiębiorcami w dni robocze,
- b) terminowe przekazywanie opracowanych Ofert podróży na podstawie Zleceń otrzymywanych od Zamawiającego, zgodnie z SOPZ i umową,

c) uzyskanie od Zamawiającego akceptacji przedstawianych Ofert podróży i akceptacji ewentualnych jej aktualizacji w toku realizacji Przedmiotu zamówienia,

d) niezwłoczne opracowanie i przekazanie Przedsiębiorcom, nie później niż na 10 dni przed dniem danego Wyjazdu:

- planu danego Wyjazdu, zgodnie z zaakceptowaną Ofertą podróży,

- informacji o wszelkich niezbędnych formalnościach warunkujących możliwość przemieszczania się pomiędzy państwami,

e) przekazanie Przedsiębiorcom i Zamawiającemu danych kontaktowych do Opiekuna/Rezydenta (jeśli dotyczy) zgodnie z SOPZ nie później niż na 3 (trzy) dni robocze przed dniem danego Wyjazdu,

f) nadzór i współpracę z Opiekunem/Rezydentem danego Wyjazdu (jeśli dotyczy),

g) zapewnienie stałego dyżuru telefonicznego (helpdesk) w terminie każdego z Wyjazdów (24h/dobę) w celu zapewnienia stałej opieki oraz natychmiastowej reakcji w sytuacjach nagłych dot. m.in. przełożonego/odwołanego/opóźnionego lotu, problemów z odprawą na lotnisku i inne niezbędne do prawidłowej realizacji Wyjazdu. Dane kontaktowe (tj. numer/numery telefonów) Wykonawca jest zobowiązany przekazać Przedsiębiorcom i Zamawiającemu nie później niż na 3 (trzy) dni robocze przed dniem danego Wyjazdu,

h) wsparcie Przedsiębiorców w zakresie składania ewentualnych odwołań i reklamacji do linii lotniczych i podmiotów prowadzących hotele, a także w zakresie ewentualnych odszkodowań z tytułu ubezpieczenia;

i) terminowe przekazywanie Zamawiającemu „Raportów z wykonania usługi”;

j) inne niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia, w tym wskazane przez Zamawiającego.

2) Koordynator odpowiada za realizację wszystkich czynności leżących po stronie Wykonawcy wskazanych w SOPZ i umowie.

3) Koordynator powinien posiadać doświadczenie w zakresie organizacji/koordynacji logistyki co najmniej 2 zagranicznych wyjazdów na misje gospodarcze/targi/wizyty studyjne na świecie (z wyłączeniem Europy) w ostatnich 3 latach przed upływem terminu składania ofert. Na żądanie Zamawiającego Wykonawca jest zobowiązany do udokumentowania wymaganego doświadczenia Koordynatora.

4) Koordynator nie może być jednocześnie Opiekunem/Rezydentem, o którym mowa w zadaniu nr 5 w Dziale III SOPZ (Szczegółowy opis wymagań - logistyka wyjazdu)".

Z powyższego wynika jednoznacznie, że Koordynator odpowiada za całość działań podejmowanych w celu należytego przygotowania i zrealizowania wyjazdów i musi nie tylko posiadać wymagane kompetencje, ale także dyspozycyjność (24h/dobę) „w celu zapewnienia stałej opieki oraz natychmiastowej reakcji w sytuacjach nagłych”.

Co istotne, Zamawiający zastrzegł również konieczność zatrudnienia osoby pełniącej funkcję Koordynatora na podstawie umowy o pracę (§ 3 ust. 1 Załącznika nr 2 do SWZ - Wzór umowy).

2. Cena zaoferowana przez Wykonawcę Sun&More sp. z o.o.

Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu zaoferowali ceny za realizację zamówienia zgodnie z następującą tabelą:

Wykonawca	Cena brutto (w zł)
Sun&More sp. z o.o.	100,00 zł
UpHotel sp. z o.o.	590,40 zł
Odwołujący	1.600,00 zł
Delta Tour sp. z o.o.	1.968,00 zł
Attis s.c. M.B.-W., K.L.	39.480,00 zł

Zamawiający dnia 10 listopada 2022 r. z uwagi na okoliczność, że całkowita cena oferty Sun&more sp. z o.o. „jest znacząco niższa od średniej cen wszystkich złożonych ofert”, a mianowicie aż o ponad 98 % od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, wezwał Sun&More sp. z o.o. do „złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) zarządzania procesem świadczonych usług,
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków wykonywania usług,
- 3) 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;
- 4) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, w powiązaniu z obowiązkami wynikającymi z zakresu zamówienia, w tym:
 - a) obowiązku zapewnienia Koordynatora, którego minimalny zakres zadań został wskazany w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia,
 - b) zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 Pzp, tj. Czynności rezerwacji usług niezbędnych do wykonania umowy,

c) obowiązku zaproponowania optymalnej Oferty podróży pod względem ceny (w tym z wykorzystaniem wszystkich dostępnych ulg, promocji, stawek specjalnych itp.) oraz czasu trwania podróży przy zachowaniu najlepszego komfortu podróży - Zamawiający przypomina, że Wykonawcy przysługuje całkowite wynagrodzenie na które składają się: stałe wynagrodzenie za usługę doradztwa, organizacji i obsługi każdego Wyjazdu, zgodnie ze złożoną ofertą oraz koszty z tytułu logistyki Wyjazdów na podstawie przedłożonych przez Wykonawcę i zaakceptowanych przez Zamawiającego Ofert podróży oraz Raportów z wykonania usługi. Przez Koszty z tytułu logistyki Wyjazdu należy rozumieć koszty, które będą podlegały refundacji na rzecz Wykonawcy przez Zamawiającego, tj. bilety lotnicze, usługa hotelowa ze śniadaniem i transferem zagranicą, ubezpieczenie, bilety wstępu na Wydarzenie (jeśli dotyczy), Opiekun/Rezydent w miejscu docelowym Misji gospodarczej (jeśli dotyczy). Zamawiający nie będzie ponosił żadnych innych kosztów ani opłat związanych z wykonywaniem usług przez Wykonawcę, a na każdym etapie Zamawiający może żądać dodatkowych dokumentów związanych z realizacją Przedmiotu umowy”

Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny precyzyjnie określił, w jakim zakresie Wykonawca powinien udzielić wyjaśnień. Wezwanie jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający oczekuje wykazania w jaki sposób wskazane koszty zostały przez Wykonawcę skalkulowane. Zatem zakres oczekiwań Zamawiającego co do wyjaśnień został określony w wezwaniu w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, pozwalający Wykonawcy na udzielenie stosownych wyjaśnień.

Dnia 16.11.2022 r. Wykonawca Sun&More sp. z o.o., w odpowiedzi na pismo Zamawiającego, złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z wyjaśnieniami Sun&More sp. z o.o., wykonawca ten skieruje do wykonania przedmiotowego zamówienia osobę niepełnosprawną ze znacznym stopniem niepełnosprawności, przy czym Wykonawca „zakłada, iż otrzymane dofinansowanie w 100% pokrywa koszty wynagrodzenia (w tym koszty pracodawcy)”. Zgodnie z dowodem przedłożonym przez wykonawcę otrzymuje on dofinansowanie do wynagrodzeń w kwocie 1950,00 zł, które to dofinansowanie jest przyznawane pracodawcy zatrudniającego pracownika o znacznym stopniu niepełnosprawności. Dofinansowanie jest przyznawane jako dofinansowanie do miesięcznych kosztów zatrudniania pracownika niepełnosprawnego.

Z powyższego twierdzenia, jak również przedstawionego przez Wykonawcę „Szacowanego czasu pracy”, wynika, że Sun&More sp. z o.o. zamierza koszty związane z zatrudnianiem Koordynatora w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia pokrywać z „dofinansowania z PFRON”, pozostała zaś część z obowiązkowych elementów składających się na koszt pracodawcy zatrudniającego pracownika na etacie według twierdzenia Sun&More sp. z o.o. nie jest związana z przedmiotowym zamówieniem - ma być ponoszona w ramach realizacji zadań innych kontrahentów. Tym samym z wyjaśnień

Sun&More sp. z o.o. wynika bezsprzecznie, że Wykonawca ten założył, że część kosztów związanych z zatrudnieniem Koordynatora zostanie przez Wykonawcę w ramach realizacji zadań na rzecz innych podmiotów. Praktyka taka na gruncie zamówień publicznych jest niedopuszczalna. Wykonawcy nie mogą przerzucać części kosztów realizacji zadania do kosztów realizacji innych umów, podobnie jak niedozwolone jest pokrywanie strat wynikających z zaniżenia ceny zyskami z kontraktów realizowanych na rzecz innych podmiotów. Praktyki takie często kwalifikowane są jako przykłady czynów nieuczciwej konkurencji. Są one również dowodami na zaoferowania rażąco niskiej ceny (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 337/22).

Podkreślenia wymaga, że *„nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której wykonawca chcąc uzyskać dane zamówienie, podaje w ofercie cenę, która tylko częściowo uwzględnia koszty jego wykonania, natomiast pozostałe koszty zalicza do kosztów innej swojej działalności, tym samym eliminując innych wykonawców którzy zgodnie z opisem sposobu wykonania zamówienia ustalonym w postanowieniach SWZ dokonali obliczenia ceny ofertowej”* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 192/22).

Podkreślił, że Sun&More sp. z o.o. szacuje czas pracy koordynatora w ramach jednego wyjazdu na 8,5 dnia roboczego osoby ze znacznym stopniem niepełnosprawności. Wynagrodzenie tego pracownika ma być wypłacane w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Aktualnie, zgodnie z rozporządzeniem z dnia 14 września 2001 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej wysokości stawki godzinowej w 2022 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 1690), minimalne wynagrodzenia za pracę wynosi 3010,00 zł brutto. Przyjmując zatrudnienie na pełen etat w ramach umowy o pracę i z minimalnym wynagrodzeniem, miesięczny koszt Wykonawcy wynosi 3671,61 zł, z uwzględnieniem składek:

- 1) emerytalne: $3010 \times 9,76\% = 293,78$ zł,
- 2) rentowe: $3010 \times 6,50\% = 195,65$ zł,
- 3) wypadkowe: $3010 \times 1,67\% = 50,27$ zł,
- 4) Fundusz Pracy : $3010 \times 2,45\% = 73,75$ zł,
- 5) FGŚP: $3010 \times 0,1\% = 3,01$ zł,
- 6) składka PPK: 45,15 zł

Wobec powyższego, godzina pracy pracownika osiągnącego ze stosunku pracy minimalne wynagrodzenie za pracę, na którego Wykonawca otrzymuje dofinansowanie z PFRON w wysokości 1950,00 zł miesięcznie, stanowi koszt Wykonawcy w wysokości:

- 1) $3671,61$ zł - $1950,00$ zł = $1721,61$ zł

2) 1721,61 zł/ 147 godzin (czas pracy osoby niepełnosprawnej zaliczonej do znacznego stopnia niepełnosprawności nie może przekraczać 7 godzin na dobę i 35 godzin tygodniowo) = 11,72 zł

Z powyższego wynika, że koszt przewidziany na organizację jednego wyjazdu szacowany przez Wykonawcę Sun&More sp. z o.o. na łącznie 59 godzin (8,5 dnia x 7 godzin) wynosi 691,48 zł (59 godzin x 11,72 zł), w sytuacji gdy Wykonawca Sun&More sp. z o.o. zaoferował cenę jednostkową brutto za organizację 1 wyjazdu w wysokości 25,00 zł, a łączną wartość oferty brutto, a więc dla organizacji 4 wyjazdów - 100,00 zł.

Cena zaoferowana przez Sun&More sp. z o.o. nie wystarcza na pokrycie kosztów zatrudnienia pracownika oddelegowanego do realizacji przedmiotowego zamówienia. Co więcej, zaoferowana cena pozwala na pokrycie jedynie kosztów dwóch godzin pracy pracownika Wykonawcy, podczas gdy sam Wykonawca wskazał, że do zrealizowania jednego Wyjazdu niezbędne jest poświęcenie 8,5 dnia roboczego, czyli łącznie 59 godzin.

Kalkulacja przedstawiona przez Odwołującego dotyczy kwoty minimalnego wynagrodzenia obowiązującej w 2022 r., przy czym zamówienie będzie zgodnie z SWZ wykonywane do dnia 31 lipca 2023 r. Zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1952), od 1 stycznia 2023 r. minimalne wynagrodzenie za pracę będzie wynosiło 3490,00 zł brutto, a od 1 lipca 2023 r. 3600,00 zł brutto. W związku z tym koszt pracodawcy w I-szej połowie 2023 r. wzrośnie, aż do 4204,75 zł, co spowoduje wzrost kosztów godziny pracy pracownika o znacznym stopniu niepełnosprawności (przy uwzględnieniu dofinansowania PFRON) o ponad 23%.

Zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowiskiem, Wykonawca przy składaniu oferty powinien wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności, jaki mają wpływ na cenę oferty. *„W związku z tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte pod koniec 2021 r., zaś termin jego realizacji został ustalony na 24 miesiące, oczywistym było, że - nawet gdyby umowa została zawarta w 2021 r. - niemalże 100% jej zakresu będzie realizowane w 2022 i 2023 r. Zatem odwołujący powinien był uwzględnić przede wszystkim kwotę najniższego wynagrodzenia obowiązującą w 2022 r., tym bardziej, że jej wysokość była znana już 15 września 2021 r. (data opublikowania rozporządzenia z dnia 14 września 2021 r.). Stanowisko odwołującego, iż dla kalkulacji ceny oferty przyjął wysokość najniższego wynagrodzenia z dnia składania ofert, jest niczym nieuzasadnione. Wykonawca powinien wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności, jakie mają wpływ na cenę oferty. Taką okolicznością jest niewątpliwie wysokość najniższego wynagrodzenia obowiązującego w czasie realizacji przedmiotu zamówienia.”* (Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2022 r. KIO 115/22).

Wykonawca winien więc skalkulować w oferowanej cenie wszystkie elementy związane z należywym wykonaniem zamówienia, przy czym fakt nienależytego skalkulowania ceny ofertowej obciąża wykonawcę, który musi się liczyć z tym że jego oferta może zostać potraktowana jako zawierająca rażąco niską cenę. *„Przy dokonywaniu oceny realności i rentowności ceny ofertowej, w zakresie kosztów pracy należy brać pod uwagę nie tyle stawkę roboczogodziny, co rzeczywiste koszty pracy ponoszone przez wykonawcę i przyjęte przez niego przy kalkulowaniu zaoferowanej ceny. I to właśnie te rzeczywiste koszty pracy powinny podlegać badaniu i ocenie pod kątem spełnienia warunku z art. 90 ust. 1 pkt 1 p.z.p., stanowiącego, że koszty pracy, których wartość została przyjęta do ustalenia ceny, nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej”* (Wyrok KIO z dnia 19 września 2019 r., KIO 1726/19).

Ponadto, zgodnie ze Szczegółowym Opiszem Przedmiotu Zamówienia koordynator zapewnia stały dyżur telefoniczny (helpdesk) w terminie każdego z Wyjazdów (24h/dobę) w celu zapewnienia stałej opieki oraz natychmiastowej reakcji w sytuacjach nagłych dot. m.in. przełożonego/odwołanego/opóźnionego lotu, problemów z odprawą na lotnisku i inne niezbędne do prawidłowej realizacji Wyjazdu (Pkt 4 ust 1 lit. g Załącznika nr 1 do SWZ).

Odwołujący poddaje pod rozwagę zatem, czy powyższy warunek jest spełniony przez Wykonawcę Sun&More sp. z o.o., w sytuacji gdy Wykonawca ten zamierza oddelegować do realizacji przedmiotowego zamówienia Koordynatora o znacznym stopniu niepełnosprawności.

Zgodnie z art. 15 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 573 ze zm.), czas pracy osoby niepełnosprawnej zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności nie może przekraczać 7 godzin na dobę i 35 godzin tygodniowo. Osoba niepełnosprawna nie może być zatrudniona w porze nocnej i w godzinach nadliczbowych. Niewątpliwie praca w charakterze koordynatora Wyjazdu w postaci misji gospodarczej wiąże się z koniecznością zapewnienia nieograniczonej dyspozycyjności w czasie trwania wyjazdu i kontaktu z Zamawiającym. Powyżej wskazane przepisy uniemożliwiają zapewnienie takiej dyspozycyjności przez osobę niepełnosprawną, a którą Sun&More sp. z o.o. zamierza oddelegować do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Dodatkowo, w zakresie pozostałych elementów wezwania Wykonawca Sun&More sp. z o.o. ogranicza się wyłącznie do ogólnych stwierdzeń:

- 1), *Wykonawca posiada doświadczenie w zakresie organizacji wyjazdów, misji zagranicznych, a co za tym idzie:*
 - *posiada umiejętność optymalnego i efektywnego zarządzania przygotowaniem oraz organizacją takiego wydarzenia,*

- posiada znajomość lokalnych dostawców usług i produktów oraz możliwościami szybkiego uzyskania optymalnej oferty przez tych dostawców, które to okoliczności oferent zbadał przed złożeniem oferty”,

- w sytuacji gdy destynacja każdej z misji nie została przez Zamawiającego na etapie składania ofert ustalona, a jedynie ograniczona do bliżej nieokreślonych miejsc w określonych krajach/miastach,

2) „Wykonawca w swoich zasobach posiada wykwalifikowaną kadrę posiadającą doświadczenia w sprawnej organizacji i obsłudze logistycznej wyjazdów zagranicznych; a także systemy do rezerwacji usług hotelarskich, transportowych”,

3) „Wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej [...]”, co nie jest zgodne z prawdą, a zostało wykazane powyżej,

4) „Wykonawca w ramach swojej działalności przestrzega wszystkich przepisów z zakresu prawa pracy oraz zapewnia pracownikom zaangażowanym w realizację poszczególnych zadań, zabezpieczenie społeczne w ramach zawartego stosunku pracy w miejscu w którym realizowane są zamówienia. Tym samym na poczet realizacji usługi będącej przedmiotem niniejszego zamówienia uwzględniono powyższe zasady”, nie wskazując, w jaki sposób oraz w odniesieniu do jakich elementów cenotwórczych wyżej wymienione, posiadane przez niego doświadczenie oraz know-how pozwala na obniżenie ceny ofertowej. Wyjaśnienia w tym zakresie nie wykazują realności zaoferowanej ceny. Sun&More sp. z o.o. nie próbował nawet uzasadnić powyższych twierdzeń i w jakikolwiek sposób wykazać jak powyższe okoliczności wpływają na obniżenie kosztów realizacji zamówienia przez Wykonawcę.

Zgodnie z powyższym, Wykonawca powinien wykazać, że zaoferowana przez niego cena ofertowa obejmuje koszty pracy w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę obowiązujące na rok 2022 tj. w wysokości nie niższej niż 3.010,00 zł brutto. Natomiast w odniesieniu do zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, Wykonawca powinien wykazać, że przyjęte w ramach ceny koszty pracy obejmują prawidłowo skalkulowane koszty, w szczególności takie jak koszty ubezpieczeń społecznych pracowników (ubezpieczenie emerytalne, rentowe, wypadkowe, chorobowe), koszt zastępstw urlopowych i absencji chorobowych pracowników, koszty Funduszu Pracy i Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, czy też koszty PPK. W składanych wyjaśnieniach Wykonawca powinien uwzględnić kalkulację kosztów pracy pracowników delegowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia, obejmującą wartości poszczególnych stawek składających się na koszty pracodawcy, które to powinny być zgodne z obowiązującymi przepisami.

Jak już wykazano powyżej, wyjaśnienia złożone przez Sun&More sp. z o.o. nie wykazują, że cena zaoferowana przez Wykonawcę i ujęte w niej koszty, są zgodne

z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, a wręcz przeciwnie jako naruszające przewidziane w wyżej wymienionych przepisach zasady. To na Wykonawcy ciążył obowiązek wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp, któremu to obowiązkowi Wykonawca, w ocenie Odwołującego, nie sprostał.

W oparciu o powyższe nie sposób więc uznać, że Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Jak już podniesiono, to na Wykonawcy ciążył obowiązek wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca ma obowiązek udzielenia wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Prawo zamówień publicznych nie wskazuje, co powinny zawierać wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Jednak jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawca powinien złożyć wyjaśnienia jak najpełniej odpowiadające na wezwanie zamawiającego, skorelowane z treścią wezwania zamawiającego, tj. odpowiadające na wątpliwości zamawiającego. Wyjaśnienia powinny być rzetelne, konkretne, przekonujące, powiązane z przedmiotem zamówienia (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2020 r., sygn. akt: KIO 657/20). Wykonawca w wyjaśnieniach musi przekonać zamawiającego, że podana cena / koszt są rynkowe i pozwalają na profesjonalną realizację udzielanego zamówienia. Dlatego ważne jest, żeby wyjaśnienia były wyczerpujące i nie budziły wątpliwości zamawiającego. Wyjaśnienie musi być szczegółowe i rzeczowe, a także opierać się na wyliczeniach, które pokażą, co spowodowało zaproponowanie takiej a nie innej ceny i co wpływa na to, że jest ona niższa, niż oferta konkurencji lub przewidziana przez zamawiającego wartość zamówienia. Wykonawca powinien opisać i wyjaśnić w jaki sposób kalkulował cenę / koszt i co wpłynęło na jej wysokość.

Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny należy uznać za nierzetelne i ogólnikowe. Wykonawca nie uzasadnia, że przyjęty koszt obsługi koordynatora w wysokości 25,00 zł za wyjazd jest adekwatny i uwzględnia wszystkie koszty związane z zatrudnieniem - wręcz przeciwnie cena jednostkowa jest rażąco niska. W pozostałym zakresie Wykonawca w wyjaśnieniach ograniczył się wyłącznie do przytoczenia okoliczności wpływających na wysokość ceny, jednocześnie ich nie wykazując, ani nie objaśniając konkretnie jak przekładają się one na kalkulację ceny oferty. Zamiast jednoznacznych okoliczności uzasadniających wysokość przyjętych kosztów, Wykonawca przedstawia wyłącznie ogólnikowe stwierdzenia. Zatem nie ma podstaw, aby uznać, że koszty, do których wyjaśnienia wzywał Zamawiający, w jakikolwiek sposób zostały uzasadnione.

Prawidłowo złożone wyjaśnienia muszą umożliwić zamawiającemu na dokonanie oceny, czy zaoferowana cena jest ceną rażąco niską. Jak podkreśla Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie, *„Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę (...) Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen, co może uzasadnić obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2016 r., sygn. akt: KIO 1709/16).

Ponadto, jeżeli Wykonawca powołał się na wyjątkowo korzystne dla niego warunki związane z realizacją zamówienia, czy też inne okoliczności wpływające na obniżenie ceny oferty, to powinien wyjaśnić jak konkretnie przekładają się one na poszczególne elementy składowe ceny i jaki jest ich realny wpływ na przyjęte koszty realizacji zamówienia, tym bardziej ze względu na fakt, że w przedmiotowym postępowaniu cenę brutto oferty stanowi łączna cena za wykonanie usługi doradztwa, organizacji i obsługi wyjazdów, bez kosztów z tytułu logistyki. Na gruncie przedstawionych wyjaśnień stwierdzenie faktycznego, realnego wpływu przedstawionych w wyjaśnieniach okoliczności na sposób ukształtowania ceny ofert nie jest możliwe.

Podkreślenia wymaga, że wyjaśnienia powinny przedstawiać dowody potwierdzające realność ceny, co wynika z treści przepisów i na co Zamawiający wskazywał w treści wezwania. Tymczasem Wykonawca nie dochował w tym zakresie należytej staranności i poza wyjaśnieniami stanowiącymi jego ogólne oświadczenia własne, nie przedstawił żadnych innych środków dowodowych, który mogłyby potwierdzić wiarygodność przedstawionych wyjaśnień, a których złożenie było obiektywnie możliwe.

Wykonawca, który jest profesjonalnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, powinien dołożyć należytej staranności na wszystkich etapach postępowania oraz adekwatnie reagować na wezwania zamawiającego. Wyjaśnienia Wykonawcy odbiegają od wymaganego standardu staranności, bowiem w istocie w żaden sposób realnie nie uzasadniają zaoferowania ceny na tak niskim poziomie, a tym samym nie obalają domniemania, że cena zaoferowana przez tego Wykonawcę jest ceną rażąco niską.

Podsumowując, oferta Wykonawcy Sun&More sp. z o.o. powinna zostać odrzucona, jako oferta z rażąco niską ceną, a także złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca nie wykazał, że koszty cenotwórcze zostały skalkulowane w sposób prawidłowy. Ponadto Wykonawca ten przerzuca koszty wykonanie przedmiotowego zamówienia na inne realizowane umowy.

3. Cena zaoferowana przez Wykonawcę UpHotel sp. z o.o.

Wykonawca UpHotel sp. z o.o. zaoferował cenę brutto za realizację usługi doradztwa, organizacji i obsługi 4 wyjazdów w wysokości 590,40 zł brutto. Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, gdy całkowita cena 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. Przedmiotowy przepis obliguje Zamawiającego do każdorazowego wezwania Wykonawcy, którego oferta spełnia powyższe warunki, do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Istotnym przy tym jest, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę.

Zamawiający zaniechał wezwania Wykonawcy UpHotel sp. z o.o., mimo że oferta tego Wykonawcy jest aż o ponad 94% niższa od średniej arytmetycznej ofert złożonych w postępowaniu niepodlegających odrzuceniu. Tak duża różnica powinna budzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do realności zaoferowanej ceny i powoduje obligatoryjną konieczność wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Jednocześnie rozbieżność w cenie zaoferowanej przez Wykonawcę w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich cen, nie wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Podsumowanie

Zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z przepisów prawa zamówień publicznych i jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, że wykonawca w celu uzyskania zamówienia zaproponuje cenę bardzo niską, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości, czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli, zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie istnieje definicja legalna terminu „rażąco niskiej ceny”, jak również orzecznictwo nie sformułowało jednoznacznych kryteriów, które powinny być brane pod uwagę przy ocenie, czy doszło do zaoferowania realizacji zamówienia za cenę rażąco niską. Natomiast, zgodnie z dyspozycją art. 224 ust. 6 Pzp, 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. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską (art. 224 ust. 5 Pzp). *„Konsekwencją prawną wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp jest powstanie domniemania faktycznego, że zamawiający ma do czynienia z rażąco niską ceną lub kosztem. Domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny lub kosztu ma charakter wzruszalny, gdyż może zostać obalone przez wykonawcę składającego wyjaśnienia. W postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez zamawiającego ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy i to on powinien obalić powyższe domniemanie stosownymi wyjaśnieniami”* (Prawo zamówień publicznych. Komentarz UZP pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, komentarz do art. 224 Pzp).

W doktrynie i judykaturze podkreśla się, że każdy przypadek należy oceniać indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy oraz specyfikę przedmiotu zamówienia. Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną cenę lub koszt. To na wykonawcy spoczywa obowiązek udzielenia wyjaśnień rzetelnych, dotyczących okoliczności, które wpłynęły na stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny nie było uzasadnione (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2021 r., sygn. akt: KIO 600/21). *„Wykonawca składający wyjaśnienia musi udowodnić, że cena lub koszt jego oferty nie są rażąco niskie, jeśli jednak tego nie uczyni, jest to równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt i podlega odrzuceniu m.in. na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp. Ustawodawca zakłada, że wykonawcy biorący udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego są profesjonalistami, stąd składane przez nich wyjaśnienia muszą cechować się podwyższonym miernikiem staranności. Niespełnienie tego warunku powoduje, że ponoszą oni negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń co do tego, że zaoferowana cena lub koszt nie są rażąco niskie”* (Prawo zamówień publicznych. Komentarz UZP pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, komentarz do art. 224 Pzp).

Wyjaśnienia Wykonawcy Sun&More sp. z .o.o. z dnia 16.11.2022 r. sporządzone zostały w sposób ogólnikowy i lakoniczny. Z wyjaśnień wprost wynika ponadto, że za zaoferowaną cenę Wykonawca ten nie pokryje kosztów wykonania zamówienia. Z ich treści wynika poza tym niedopuszczalne przenoszenie części kosztów związanych z zatrudnieniem Koordynatora w ramach realizacji zadań na rzecz innych podmiotów. „Dla zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty określonej w art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p., wystarczające jest działanie z zamiarem wpłynięcia na ranking ofert, bez względu na to, czy faktycznie działanie to doprowadziło do takich skutków. Nie ma zatem znaczenia okoliczność, że cena całkowita oferty Odwołującego była niższa. Bez znaczenia pozostaje też, czy nawet w sytuacji

prawidłowego wydzielenia z tej ceny wynagrodzenia stałego, oferta Odwołującego i tak pozostałaby najkorzystniejsza. Wolą ustawodawcy jest bowiem wyciąganie konsekwencji wobec wykonawców już za samo ukierunkowanie ich działań na nieuczciwe praktyki, bez względu na to, na ile ostatecznie okazały się one skuteczne” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 192/22).

Ponadto Zamawiający zaniechał wezwania Wykonawcy UpHotel sp. z o.o., którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji, do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, mimo zaistnienia obligatoryjnych przesłanek do wystosowania takiego wezwania. Nawet gdyby Zamawiający nie miał obowiązku wezwania UpHotel sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, to i tak cena oferty Wykonawcy powinna wzbudzić jego wątpliwości.

Zamawiający w dniu 06.12.2022 r. (za pośrednictwem platformazakupowa.pl) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 08.12.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Sun & More Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Sun & More Sp. z o.o.

W dniu 13.12.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

1. Na wstępie Zamawiający wskazał, że konstrukcja przedmiotowego zamówienia opiera się na postępowaniach, które były oceniane pod względem zgodności z prawem przez Krajową Izbę Odwoławczą i sądy powszechne rozpatrujące skargi od orzeczeń KIO.

Przedmiotem zamówienia jest kompleksowa organizacja udziału przedsiębiorców w misjach gospodarczych na świecie (z wyłączeniem Europy). Misje mają być realizowane zgodnie z zapisami Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: SOPZ) i umową, stanowiącymi załączniki do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ). W ramach zamówienia założono organizację jednej misji dla maksymalnie czterech osób, przy ogólnej liczbie czterech wyjazdów w ramach zamówienia podstawowego i maksymalnie sześciu wyjazdów w ramach prawa opcji.

Przystąpienie do wykonania usługi na dany wyjazd będzie następowało po odrębnym zleceniu Zamawiającego - BARR przewidziała, że w zależności od rzeczywistych potrzeb powstałych w wyniku przeprowadzonych naborów przedsiębiorców na konkretne misje

gospodarcze będzie sukcesywnie zlecała wykonawcy organizację poszczególnych wyjazdów w ramach przedmiotu umowy.

Zamawiający wyodrębnił w ramach zamówienia zadania z zakresu usługi doradztwa, organizacji i obsługi wyjazdów zleczanych przez Zamawiającego od zadań tzw. logistyki, obejmującej zapewnienie biletów lotniczych, usługi hotelowej ze śniadaniami i transferem zagranicą, ubezpieczeniem oraz biletami wstępu na Wydarzenie i zapewnieniem

Opiekuna/Rezydenta w miejscu docelowym misji gospodarczej, jeśli zlecenie będzie zawierało zamówienie takiej usługi.

W kryterium cenowym wykonawcy mieli wskazywać cenę obejmującą wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia w zakresie usługi doradztwa, organizacji i obsługi wyjazdów określonych w dokumentacji postępowania przez Zamawiającego. Cena podana w ofercie nie obejmuje kosztów z tytułu opisanej wyżej logistyki.

W celu porównania ofert Zamawiający przewidział w SWZ uwzględnienie szacunkowej wartości kosztów z tytułu logistyki czterech wyjazdów w kwocie 308 000,00 zł.

Przy otwarciu ofert Zamawiający podał kwotę przeznaczoną na wykonanie zamówienia, czyli całego przewidywanego wynagrodzenia wykonawcy za zamówienia podstawowe (nieobejmujące prawa opcji) w kwocie 400 000,00 zł brutto.

Opisana powyżej konstrukcja została uznana za prawidłową m.in. w sprawie rozpatrywanej przez Sąd Okręgowy w Warszawie pod sygn. XXIII Ga 1547/17, zakończonej wyrokiem z dnia 03 stycznia 2018 r., czy w sprawie o sygn. KIO 1937/20 zakończonej wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 września 2020 r.

W powoływanej wyżej sprawie przed Sądem Okręgowym w Warszawie poddano analizie przetarg przeprowadzony przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest kompleksowa obsługa podróży służbowych, krajowych i zagranicznych pracowników MSZ w zakresie rezerwacji i wykupu biletów lotniczych, kolejowych, rezerwacji i zakupu usług hotelowych w kraju i za granicą. Z opisu sprawy wynika, że wykonawcy składali oferty podając cenę tzw. opłaty transakcyjnej, czyli kosztów związanych z rezerwacją biletów i usług hotelowych. Sąd Okręgowy w ten sposób opisał i ocenił kwestię wartości składanych ofert i wartości zamówienia: *„w niniejszej sprawie mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia publicznego, które w swoim zakresie obejmuje usługi dotyczące kompleksowej obsługi podróży służbowych krajowych i zagranicznych pracowników MSZ w zakresie rezerwacji zakupów biletów lotniczych, kolejowych, rezerwacji, zakupu usług hotelowych w kraju i za granicą. Następnie mamy określoną wartość przedmiotu zamówienia, gdzie wskazano, że wynosi ona 54 962 962,96 zł, co stanowi równowartość 13 165 096,88 euro, w konsekwencji zatem jeżeli odnosimy się do wartości przedmiotu zamówienia i odnosimy się do przedmiotu świadczenia i wskazanych*

w ten sposób kwot, to ceną zamówienia jest wartość, która została w powyższy sposób opisana. W innym bowiem przypadku, gdybyśmy przyjmowali, że ceną zamówienia jest kwota 1 200 000 zł, która została przewidziana przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych jako cena opłaty transakcyjnej, nie mielibyśmy w ogóle do czynienia ze sprawą ponad wartości progowe przewidziane w ustawie Pzp, tylko ze sprawą podprogową, która byłaby prowadzona w zupełnie inny sposób i objęta byłaby innymi zasadami ochrony prawnej (art. 180 ust. 2 Pzp w zw. z art. 11 ust. 7 i 8). Powyższy fakt potwierdza również sam Zamawiający we wniosku z dn. 28 kwietnia 2017 r. w sprawie wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego, w którym wskazano właśnie, że zamówienie przekroczy wartości powołane w ww. przepisie oraz podano wartość zamówienia - 54 962 962,96 zł (pismo w skoroszyście z dokumentacją zamawiającego). Nadto wskazać należy, że zgodnie z § 8 ust. 2 załącznika nr 2 do SIWZ całkowita wartość przedmiotu umowy składa się z sumy opłat transakcyjnych i sumy 48.800.000 zł przeznaczone na zakup biletów oraz miejsc noclegowych. Opłata transakcyjna jest zatem elementem ceny.”

W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, do przedmiotowego zamówienia, od wyniku którego złożono odwołanie, stosuje się aktualne orzecznictwo dotyczące specyfiki tzw. opłat transakcyjnych przy zamawianiu usług podróży zagranicznych. W przypadku badanego postępowania odpowiednikiem opłaty transakcyjnej była cena usługi doradztwa, organizacji i obsługi wyjazdów, wyceniona przez Wykonawców w formularzu ofertowym. Podobny tryb zamawiania usług stosuje wiele podmiotów publicznych, przykładowo można tu podać zamówienia prowadzone przez Polską Agencję Inwestycji i Handlu, Ministerstwo Spraw Zagranicznych, Polską Organizację Turystyczną, czy Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego.

2. Odwołujący podnosił w odwołaniu fakt przerzucania przez Sun&More Sp. z o.o. kosztów wykonania przedmiotowego zamówienia na inne realizowane umowy. Dosłowny zarzut Odwołującego brzmi: „Wykonawca ten założył, że część kosztów związanych z zatrudnieniem Koordynatora zostanie przez Wykonawcę w ramach realizacji zadań na rzecz innych podmiotów. Praktyka taka na gruncie zamówień publicznych jest niedopuszczalna. ”

Sformułowany zarzut co do kosztów pracowniczych jest całkowicie niezasadny, o czym Zamawiający szerzej uzasadnia w pkt. 4 niniejszego pisma. Natomiast Zamawiający w tym miejscu chciałby również wskazać, że samo sformułowanie o niedopuszczalności finansowania kosztów zamówienia przez wykonawcę z innych źródeł, akurat w przypadku zamówień dotyczących m.in. rezerwacji biletów lotniczych i noclegów w hotelach jest również całkowicie chybiony.

Krajowa Izba Odwoławcza oraz sądy gospodarcze rozpatrujące skargi od orzeczeń KIO wielokrotnie badały postępowania dotyczące organizacji wyjazdów służbowych

obejmujących zakup biletów lotniczych i rezerwacji miejsc hotelowych, przyjmując wyjaśnienia wykonawców o korzystaniu z prowizji podmiotów zewnętrznych przy wykonywaniu tych czynności. W żadnym przypadku korzystanie z takiego finansowania, które jest związane z wykonywaniem przedmiotu zamówienia nie zostało uznane za przypadek stosowania rażąco niskiej ceny, czy naruszenia konkurencji. Przykładem jest powoływany już wyżej wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie o sygn. XXIII Ga 1547/17, gdzie oceniano ofertę za rezerwację biletów lotniczych na poziomie 0,01 zł, czy wyroki KIO z dnia 02 stycznia 2019 r. o sygn. KIO 2592/18 oraz z dnia 10 czerwca 2019 r. o sygn. KIO 896/19. W niektórych orzeczeniach wręcz odwoływano się do faktu, że to Zamawiający nie ograniczył możliwości finansowania zamówienia z prowizji otrzymywanych przez wykonawców, z czego można wnioskować, że brak jest w tym przypadku ogólnego zakazu kalkulowania cen z uwzględnieniem wskazanych dochodów. Zatem praktyka kalkulacji ceny oferty w branży usług związanych z turystyką z uwzględnieniem dochodów uzyskiwanych od innych podmiotów przy wykonywaniu czynności rezerwacyjnych jest powszechna i uznana za prawidłową, a stanowisko Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

3. Jak wskazano w pkt. 1, Zamawiający uwzględniając stanowisko orzecznictwa, zastosował zgodnie z zapisami SWZ przy ocenie ofert dodanie do ceny każdej oferty, obejmującej wartość wynagrodzenia za usługę doradztwa, organizacji i obsługi wyjazdów, kwotę o równowartości szacunkowej wartości kosztów logistyki, czyli kosztów biletów lotniczych, noclegów hotelowych oraz innych usług towarzyszących, zgodnie z SOPZ. W związku z powyższym do porównania ofert przyjęto następujące kwoty:

L.p.	Nazwa podmiotu	Cena oferty	Cena służąca do porównania ofert (+308 000,00 zł)
1.	Delta Tour Sp. z o.o. ul. Czerska 18, 00-732 Warszawa	1 968,00 zł	309 968,00 zł
2.	UpHotel Sp. z o.o. ul. Solna 4, 58-500 Jelenia Góra	590,40 zł	309 590,40 zł
3.	Sun & More Sp. z o.o. ul. Madalińskiego 8 lok. 215, 70-101 Szczecin	100,00 zł	308 100,00 zł
4.	Cristal Travelnet Sp. z o.o. ul. Wojska Polskiego 34, 19-300 Ełk	1 600,00 zł	309 600,00 zł
5.	Attis s.c. M.B.-W., K.L. ul. Czerwonych Maków 10/37, 01-493 Warszawa	39 480,00 zł	347 480,00 zł

Powyższe zestawienie wskazuje, że żadna z ofert nie zawierała ceny poniżej 30% szacunkowej wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej złożonych ofert.

W związku z powyższym, wobec niespełnienia warunku określonego w art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, Zamawiający nie był zobowiązany do występowania do Wykonawców o udzielenie dodatkowych wyjaśnień.

4. Zamawiający zastosował jednakże bezpośrednio przepis art. 224 ust. 1 Pzp, który stanowi, że Zamawiający żąda od Wykonawcy wyjaśnień również w przypadku, gdy istotne części składowe ceny budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wobec powyższego Zamawiający zdecydował się wystąpić do Wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę - Sun&More Sp. z o.o., o wyjaśnienie dotyczące wyliczenia ceny w powiązaniu z obowiązkami wynikającymi z zakresu zamówienia, w tym:

- a) obowiązku zapewnienia Koordynatora, którego minimalny zakres zadań został wskazany w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia,
- b) zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 PZP, tj. czynności rezerwacji usług niezbędnych do wykonania umowy,
- c) obowiązku zaproponowania optymalnej Oferty podróży pod względem ceny (w tym z wykorzystaniem wszystkich dostępnych ulg, promocji, stawek specjalnych itp.) oraz czasu trwania podróży przy zachowaniu najlepszego komfortu trwania podróży.

Wykonawca przedstawił wyjaśnienia, w których obliczył, że nakład pracy na wykonanie zadań związanych z przygotowaniem i obsługą oferty podróży wynosi 59 godzin roboczych, a Wykonawca otrzymuje dofinansowanie do stanowiska pracy z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych (PFRON) w wysokości 1950 zł miesięcznie, co pokrywa koszt około połowy etatu pracownika. Wykonawca wykazał, że osoba przewidziana do wykonywania czynności przy wykonywaniu zamówienia jest aktualnym pracownikiem Wykonawcy i Wykonawca nie musi ponosić dodatkowych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia. Zamawiający wziął przy tym pod uwagę, że przeciętny wymiar czasu pracy osoby niepełnosprawnej wynosi miesięcznie 24 dni robocze x 7 godzin, tj. 168 godzin, a wykonywanie znacznej części czynności może odbywać się równolegle z innymi czynnościami pracownika.

W związku z powyższym nie można twierdzić, aby z przedstawionych przez Wykonawcę wyjaśnień i podmiotowych środków dowodowych wynikało, że oferta Sun&More Sp. z o.o. zawierała cenę, niepozwalającą na wykonanie zamówienia zgodnie z SWZ i powszechnie obowiązującymi przepisami, w szczególności w oparciu o wiedzę co do

praktyk stosowanych w podobnych zamówieniach publicznych, a więc faktów powszechnie znanych, o czym mowa szerzej w pkt. 1.

5. Ustosunkowując się do poszczególnych twierdzeń zawartych w odwołaniu, Zamawiający podnosi następujące kwestie:

a) Odwołujący uzasadnia swój interes prawny twierdzeniem, że gdyby oferta Sun&More Sp. z o.o. została odrzucona, a przy drugiej w kolejności oceny oferty firmy UpHotel Sp. z o.o., ten Wykonawca został wezwany do uzasadnienia rażąco niskiej ceny, to oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Twierdzenie takie jest zbyt daleko idące, gdyż po pierwsze nie można z góry zakładać, aby oferta UpHotel Sp. z o.o. mogła budzić wątpliwości (a jak wskazał Zamawiający w pkt. 3 niniejszego pisma, nie można mówić o obowiązku wezwania do wyjaśnień z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp), a tym bardziej, aby miała zostać odrzucona. Należy również zwrócić uwagę, że UpHotel Sp. z o.o. wystąpiła o udostępnienie oferty Sun&More Sp. z o.o. w dniu 18 listopada 2022 r. i nie złożyła odwołania, jak również nie przystąpiła do przedmiotowego postępowania odwoławczego. Jednocześnie uzasadnienie Odwołującego w zakresie możliwości poniesienia straty jest enigmatyczne i nie potwierdza w sposób wystarczający posiadania interesu prawnego w niniejszym postępowaniu.

b) Odwołujący błędnie podał, że Zamawiający żąda zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osoby pełniącej funkcję Koordynatora. Zgodnie z zapisami SWZ i projektu umowy stanowiącej załącznik nr 2 do SWZ, Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osoby/osób wykonującej/wykonujących czynności rezerwacji usług niezbędnych do wykonania umowy.

c) Zamawiający w pkt. 3 uzasadnił, w oparciu o orzecznictwo sądowe, że różnice cen złożonych ofert nie odbiegają o ustawową granicę 30% od średniej arytmetycznej ofert, a tym bardziej nie wystąpiła sytuacja, aby różnica od średniej ofert była na poziomie 98 %.

d) Wyliczenie kosztów pracy najkorzystniejszej oferty dokonane przez Odwołującego opiera się przede wszystkim na błędnym założeniu, że kosztem tym jest wynagrodzenie za pełen etat. Z wyjaśnień Sun&More Sp. z o.o. wynika, że nakład czasu pracy wyniesie 59 godzin na jedno zlecenie wyjazdu. Stanowi to 1/3 etatu osoby niepełnosprawnej. Natomiast według wiedzy Zamawiającego, opartej na wykonanych już zamówieniach tego samego rodzaju (Zamawiający przeprowadził już trzy postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z przepisami Pzp i zlecił łącznie zorganizowanie 22 wyjazdów na misje gospodarcze - stan na dzień 12 grudnia 2022 roku), nakład czasu pracy osoby zajmującej się przygotowaniem oferty wyjazdu oraz osoby koordynującej wyjazd jest dużo niższy. Natomiast żadne zapisy SWZ i obowiązującego prawa nie nakładają na Wykonawcę obowiązku wliczenia do ceny usługi doradztwa, organizacji i obsługi wyjazdu kosztów pełnego etatu pracownika, podczas gdy wykonywanie danego zamówienia będzie zajmowało tylko część jego czasu pracy.

Ponadto, jak już Zamawiający wyżej podkreślał, Sun&More Sp. z o.o. będzie korzystał z zatrudnionego personelu i nie poniesie dodatkowych kosztów. Zatem koszty wyliczone przez Sun&More Sp. z o.o. nawet po uwzględnieniu podwyższenia od 01 stycznia 2023 r. minimalnego wynagrodzenia będą z nadwyżką pokrywane z dofinansowania z PFRON. Kolejne podwyższenie minimalnego wynagrodzenia od 01 lipca 2023 r. będzie miało marginalne znaczenie dla kosztów zamówienia, gdyż przewidywany termin wykonania zamówienia to 31 lipca 2023 r. Na marginesie Zamawiający zauważa, że gdyby przyjąć sposób wyliczania kosztów pracy według metodologii Odwołującego, doprowadziłoby to do odrzucenia również jego oferty. Natomiast we wspomnianych trzech tożsamyach postępowaniach przeprowadzonych przez Zamawiającego zawarte umowy przewidywały jednostkowy koszt usługi doradztwa, organizacji i obsługi wyjazdu, który wynosił od 49,00 zł do 400,00 zł za jeden wyjazd.

6. Zamawiający nie będzie ustosunkowywał się merytorycznie do twierdzeń Odwołującego w zakresie oferty UpHotel sp. z o.o., gdyż Odwołujący w tej części przekroczył granice zakresu odwołania. Nawet w przypadku uwzględnienia odwołania w części dotyczącej odrzucenia najkorzystniejszej oferty, Odwołujący może żądać jedynie ponownej oceny ofert. Jak wynika z orzecznictwa KIO, to Zamawiający przeprowadza procedurę wyjaśnienia ceny, w tym decyduje o treści wezwania i zakresie wymagającym wyjaśnienia oraz ocenia złożone mu wyjaśnienia (wyrok z 26 kwietnia 2022 r., sygn. KIO 719/22). W przypadku nakazu odrzucenia jednej z ofert zmienia się również wzajemny stosunek cenowy ofert nieodrzuconych i dopiero po nowym przeliczeniu punktacji można podejmować decyzję w sprawie kolejnych czynności Zamawiającego.

Podsumowując, Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania. W toku postępowania Wykonawca Sun&More Sp. z o.o. wyjaśniła w sposób wystarczający, przedstawiając odpowiednie dokumenty, sposób wyliczenia ceny oferty, przy czym z uwagi na art. 537 pkt 1 Pzp, ze względu na przystąpienie Sun&More Sp. z o.o. do niniejszego postępowania, to na Wykonawcy leży ciężar udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W dniu 16.12.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Odwołujący złożył dotatkowe stanowisko pisemne będące odpowiedzią na odpowiedź na odwołanie. Pismo zostało podpisane tak jak odwołanie.

Po pierwsze, odnosząc się do przywołanych przez Zamawiającego stanowisk orzeczniczych podkreślenia wymaga, że dotyczą one zupełnie odmiennej konstrukcji zamówienia niż przedmiotowe. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 3 stycznia 2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 1547/17, został wydany w sprawie dotyczącej kompleksowej obsługi podróży służbowych, krajowych i zagranicznych pracowników MSZ w zakresie rezerwacji i wykupu biletów lotniczych, kolejowych, rezerwacji i zakupu usług hotelowych w kraju i za granicą,

w którym przedmiotem weryfikacji była jedynie wysokość opłaty transakcyjnej, rozumianej jako koszt rezerwacji biletów. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 września 2020 r., sygn. akt: KIO 1937/20, dotyczył również ujmowania w cenie ofertowej opłat transakcyjnych związanych z przedmiotowym zamówieniem, do której należy zapewnienie biletów lotniczych, noclegów i czy biletów wstępu. Jak stwierdził Zamawiający „z opisu sprawy wynika, że wykonawcy składali oferty podając cenę tzw. opłaty transakcyjnej, czyli kosztów związanych z rezerwacją biletów i usług hotelowych”. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 stycznia 2019 r., sygn. akt: KIO 2592/18, również badaniu podlegała cena za zrealizowanie usługi rezerwacji, sprzedaży i dostarczenia biletów lotniczych na potrzeby Politechniki Gdańskiej w okresie 24 miesięcy.

Natomiast w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 czerwca 2019 r., sygn. akt: KIO 896/19, kwestionowano nie tyle rażąco niską cenę, co zaniechanie wezwania do wyjaśnień jak również brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie można uznać że „w przypadku badanego postępowania [przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Kompleksowa organizacja udziału przedsiębiorców w misjach gospodarczych na świecie (z wyłączeniem Europy)”, znak postępowania nadany przez Zamawiającego: SMB/ZP/32 - przyp. wł.] odpowiednikiem opłaty transakcyjnej była cena usługi doradztwa, organizacji i obsługi wyjazdów, wyceniania przez Wykonawców w formularzu ofertowym”.

Jak już wskazywano w odwołaniu, w ramach kryterium „CENA BRUTTO” w niniejszym postępowaniu była wyceniania usługa doradztwa, organizacji i obsługi Wyjazdu, nie obejmująca kosztów z tytułu logistyki Wyjazdów (tj. bilety lotnicze, usługa hotelowa ze śniadaniem i transferem zagranicą, ubezpieczenie, bilety wstępu na Wydarzenie, zapewnienie Opiekuna/Rezydenta w miejscu docelowym Misji). Zgodnie z definicją wskazaną w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia - Załącznik nr 1 do SWZ, przez koszty z tytułu logistyki Wyjazdu należy rozumieć: „koszty, które będą podlegały refundacji na rzecz Wykonawcy przez Zamawiającego, tj. bilety lotnicze, usługa hotelowa ze śniadaniem i transferem zagranicą, ubezpieczenie, bilety wstępu na Wydarzenie (jeśli dotyczy), Opiekun/Rezydent w miejscu docelowym Misji gospodarczej (jeśli dotyczy)”.

Jednocześnie w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia Zamawiający określił zarówno zakres logistyki Wyjazdu, jak również pozostały zakres usługi i wymogi jej świadczenia, niemiszczące się w refundowanych przez Zamawiającego kosztach z tytułu logistyki, do których należy zapewnienie koordynatora (Pkt 4 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia):

„4. KOORDYNATOR

1) Wykonawca zobowiązany jest do wskazania po jego stronie 1 (jednej) osoby odpowiedzialnej za koordynację realizacji pełnego zakresu zadań w ramach Przedmiotu zamówienia od momentu podpisania umowy do jej rozliczenia, tj. m.in. za:

a) bieżący kontakt (m.in. telefoniczny, mailowy) z Zamawiającym i Przedsiębiorcami w dni robocze,

b) terminowe przekazywanie opracowanych Ofert podróży na podstawie Zleceń otrzymywanych od Zamawiającego, zgodnie z SOPZ i umową,

c) uzyskanie od Zamawiającego akceptacji przedstawianych Ofert podróży i akceptacji ewentualnych jej aktualizacji w toku realizacji Przedmiotu zamówienia,

d) niezwłoczne opracowanie i przekazanie Przedsiębiorcom, nie później niż na 10 dni przed dniem danego Wyjazdu:

- planu danego Wyjazdu, zgodnie z zaakceptowaną Ofertą podróży,

- informacji o wszelkich niezbędnych formalnościach warunkujących możliwość przemieszczania się pomiędzy państwami,

e) przekazanie Przedsiębiorcom i Zamawiającemu danych kontaktowych do Opiekuna/Rezydenta (jeśli dotyczy) zgodnie z SOPZ nie później niż na 3 (trzy) dni robocze przed dniem danego Wyjazdu,

f) nadzór i współpracę z Opiekunem/Rezydentem danego Wyjazdu (jeśli dotyczy),

g) zapewnienie stałego dyżuru telefonicznego (helpdesk) w terminie każdego z Wyjazdów (24h/dobę) w celu zapewnienia stałej opieki oraz natychmiastowej reakcji w sytuacjach nagłych dot. m.in. przełożonego/odwołanego/opóźnionego lotu, problemów z odprawą na lotnisku i inne niezbędne do prawidłowej realizacji Wyjazdu. Dane kontaktowe (tj. numer/numery telefonów) Wykonawca jest zobowiązany przekazać Przedsiębiorcom i Zamawiającemu nie później niż na 3 (trzy) dni robocze przed dniem danego Wyjazdu,

h) wsparcie Przedsiębiorców w zakresie składania ewentualnych odwołań i reklamacji do linii lotniczych i podmiotów prowadzących hotele, a także w zakresie ewentualnych odszkodowań z tytułu ubezpieczenia;

i) terminowe przekazywanie Zamawiającemu „Raportów z wykonania usługi”;

j) inne niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia, w tym wskazane przez Zamawiającego.

2) Koordynator odpowiada za realizację wszystkich czynności leżących po stronie Wykonawcy wskazanych w SOPZ i umowie.

3) Koordynator powinien posiadać doświadczenie w zakresie organizacji/koordynacji logistyki co najmniej 2 zagranicznych wyjazdów na misje gospodarcze/targi/wizyty studyjne na świecie (z wyłączeniem Europy) w ostatnich 3 latach przed upływem terminu składania ofert. Na żądanie Zamawiającego Wykonawca jest zobowiązany do udokumentowania wymaganego doświadczenia Koordynatora.

4) *Koordinator nie może być jednocześnie Opiekunem/Rezydentem, o którym mowa w zadaniu nr 5 w Dziale III SOPZ (Szczegółowy opis wymagań - logistyka wyjazdu)."*

Dowód: Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia - w załączeniu.

Dodatkowo Zamawiający wprowadził wymóg zatrudnienia na podstawie stosunku pracy „osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 PZP, tj. czynności rezerwacji usług niezbędnych do wykonania umowy, jeżeli te czynności nie są wykonywane przez właściciela/osoby zarządzające przedsiębiorstwem Wykonawcy/Podwykonawcy.” (§ 3 Załącznika nr 2 do SWZ - Wzór umowy.).

Jak wynika z powyższego, nie sposób uznać że usługa doradztwa, organizacji i obsługi Wyjazdu, którą zgodnie ze Szczegółowym Opiszem Przedmiotu Zamówienia będzie realizował Koordynator pokrywa się zakresem z opłaty transakcyjnej, zwykle pobieranej przy rezerwacji noclegów czy też biletów lotniczych. Przede wszystkim czynności Koordynatora w ramach przedmiotowego zamówienia polegają między innymi na:

- 1) pozostawaniu w ciągłej dyspozycyjności w dni robocze przez czas trwania Umowy,
- 2) przygotowywaniu oraz bieżącej aktualizacji Ofert podróży obejmujących szczegółowy harmonogram danego Wyjazdu - maksymalnie 36 różnych Ofert podróży, do której to liczby nie wlicza się ewentualna aktualizacja już zaakceptowanej Oferty podróży, co oznacza, że w przypadku 1 Wyjazdu Wykonawca jest obowiązany jest skonstruować i przedłożyć 9 Ofert podróży, co więcej Wykonawca musi także zapewnić dostępność elementów tych ofert (noclegów czy biletów) do czasu wyboru przez Zamawiającego wiążącej Oferty podróży, przy czym koszty rezerwacji tego typu usług obciążają w całości Wykonawcę,
- 3) opracowywanie szczegółowych planów wyjazdów oraz obsługę logistyczną uczestników Wyjazdów,
- 4) zapewnienie dyżuru telefonicznego 24 h/dobę w celu zapewnienia stałej opieki oraz natychmiastowej reakcji w sytuacjach nagłych,
- 5) opracowywanie i przekazywanie raportów z wykonania usług.

Zamawiający wprost określił, że to na Koordynatorze spoczywa obowiązek realizacji wszystkich czynności leżących po stronie Wykonawcy wskazanych w Umowie i Szczegółowym Opiszem Przedmiotu Zamówienia, który to koszt należało ująć w ramach usługi doradztwa, organizacji i obsługi Wyjazdu, co wynika wprost z konstrukcji Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia. Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia w rozdziale III. Szczegółowy opis wymagań - logistyka wyjazdu wyszczególnia zadania niezbędne do podejmowania przez wykonawców w ramach zapewnienia logistyki Wyjazdu, do których należą: zapewnienie biletów lotniczych, usług hotelowych ze śniadaniem i transferem zagranicą, kosztów ubezpieczenia, biletów wstępu na wydarzenie, zapewnienie

opiekuna/rezydenta w miejscu docelowym misji gospodarczej. Z powyższego zakresu został wprost wyłączony obowiązek zapewnienia przez Wykonawcę osoby Koordynatora.

Ponadto, koszty z tytułu logistyki Wyjazdów będą rozliczane (§12 ust. 1 Wzoru umowy) na podstawie przedłożonych przez Wykonawcę i zaakceptowanych przez Zamawiającego Raportów z wykonania usługi, a więc refinansowane, natomiast usługa doradztwa, organizacji i obsługi każdego Wyjazdu będzie rozliczana na podstawie stałej, zaoferowanej w formularzu ofertowym ceny.

Po drugie, Zamawiający wysuwa daleko idące wnioski, jakoby w niniejszym postępowaniu w stosunku do oferty Przystępującego doszło do finansowania zamówienia z bliżej nieokreślonych prowizji otrzymywanych przez tego Wykonawcę. Zamawiający stwierdził: *„zatem praktyka kalkulacji ceny oferty w branży usług związanych z turystyką z uwzględnieniem dochodów uzyskiwanych od innych podmiotów przy wykonywaniu czynności rezerwacyjnych jest powszechna i uznana za prawidłową”*.

Przede wszystkim należy podkreślić, że fakt jakiegokolwiek finansowania przez Przystępującego przedmiotowego zamówienia z wynagrodzenia prowizyjnego nie wynika z wyjaśnień Przystępującego. Odwołujący nie wie skąd Zamawiający wysnuwa takie twierdzenia, które nie znajdują potwierdzenia w złożonych wyjaśnieniach Przystępującego. Przypomnieć w tym miejscu należy, że w przypadku wezwania do złożenia wyjaśnień ceny wskazanej w ofercie, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy wezwanym do ich przedłożenia. W wyroku z dnia 13 października 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że: „Wezwanie wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p., powoduje przesunięcie na wykonawcę ciężaru dowodu, na okoliczność, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską (KIO 2380/17).

Nie można też uznać, że twierdzenia Zamawiającego wynikają z samej specyfiki zamówienia - przede wszystkim na etapie składania ofert wykonawcy nie mają wiedzy co do dokładnego zakresu usługi - terminu, miejsca docelowego, wydarzenia którego Wyjazd będzie dotyczyć itp., więc wykonawcy nie mogą zakładać, że w ramach współpracy z dostawcami np. usług hotelowych czy też biletów lotniczych, będą mogli korzystać z posiadanych przez nich zniżek, czy też finansować pozostałe koszty w ramach uzyskiwanych w ramach współpracy prowizji. Każdy Wyjazd musi zostać przygotowany indywidualnie, zgodnie ze Zleceniem Zamawiającego, które może doprecyzowywać zadania w ramach logistyki Wyjazdu. Stąd twierdzenia Zamawiającego, które dodatkowo nie znajdują pokrycia w wyjaśnieniach Przystępującego, są całkowicie chybione.

Po trzecie, Zgodnie z Rozdziałem XVI SWZ - „Cena oferty to łączna wartość oferty brutto wskazana przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym zgodnym z Załącznikiem nr 3 do SWZ, stanowiąca koszt usługi doradztwa, organizacji i obsługi 4 (czterech) Wyjazdów, bez

kosztów logistyki. Cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia'. Wymaga podkreślenia, że to cena usługi doradztwa, organizacji i obsługi Wyjazdu stanowi cenę oferty, natomiast dodana przez Zamawiającego wartość szacunkowa w wysokości brutto Kosztów z tytułu logistyki 4 Wyjazdów w wysokości 308.000,00 zł, ma służyć zgodnie z literalną treścią SWZ do „porównania ofert”, przy czym „nie wpływa na wzajemne zobowiązania Zamawiającego i Wykonawcy”.

Jako cenę oferty należy więc traktować cenę wskazaną przez wykonawców w formularzu ofertowym. Zgodnie z art. 224 Pzp badaniu pod kątem przedmiotu zamówienia podlegają zaoferowane ceny lub koszty. Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu mieli zaoferować cenę za świadczenie Usługi doradztwa, organizacji i obsługi Wyjazdu, która to stanowiła Przedmiot oferty. Wykonawcy nie mieli wpływu na koszt wskazany przez Zamawiającego jako cena służąca do porównania ofert, a mająca stanowić szacunkową wysokość kosztów z zakresu logistyki Wyjazdów. Wykonawcy nie dokonywali wyceny ofertowej logistyki Wyjazdów. Przedmiotowe zamówienie dotyczyło więc tylko usługi doradztwa, organizacji i obsługi Wyjazdów, świadczonej przez zatrudnionego na umowę o pracę koordynatora o czym świadczy fakt, że cena w ramach logistyki jest każdorazowo akceptowana w ramach oddzielnych ofert przez Zamawiającego i refinansowana w całości przez niego, a uzależniona od indywidualnych Zleceń Zamawiającego nieokreślonych w Opisie przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Przedmiotowe zamówienie nie odnosi się w żaden sposób do zakresów poszczególnych Zleceń i Wyjazdów, w szczególności nie określa dokładnego miejsca, liczby osób mających wziąć udział w wyjeździe, celu wyjazdu ani elementów składowych w postaci np. wstępu na EXPO, wystawę itp. Z Opisu przedmiotu zamówienia oraz konstrukcji formularza ofertowego wynika zatem, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi doradztwa, organizacji i obsługi Wyjazdów.

Co więcej, zgodnie z protokołem postępowania, Zamawiający oszacował wartość przedmiotowego zamówienia na kwotę 784.250,00 zł, przy czym podstawą ustalenia wartości zamówienia, zgodnie z art. 28 Pzp, jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 1 Pzp, obowiązek wezwania do wyjaśnień dotyczących ceny wskazanej w ofercie aktualizuje się, 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.

Przyjmując więc nawet wartość obliczoną jako cena oferty wraz z ceną służącą do porównania ofert, co jest w ocenie Odwołującego błędnym założeniem, zarówno oferta Przystępującego jak i UpHotel Sp. z o.o. są niższe o ponad 30 % od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Po czwarte, Zamawiający w dniu 10.11.2022 r. skierował do Przystępującego wezwanie, na podstawie art. 266 w zw. z 224 Pzp, do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w tym z uwzględnieniem: „a) obowiązku zapewnienia Koordynatora, którego minimalny zakres zadań został wskazany w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia, b) zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 Pzp., tj. czynności rezerwacji usług niezbędnych do wykonania umowy”. Zamawiający przy tym wskazał, że „Oferta Wykonawcy budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a cena oferty jest znacząco niższa od średniej cen wszystkich złożonych ofert, wobec czego zgodnie z art. 224 Pzp, Zamawiający może żądać złożenia stosownych wyjaśnień i dowodów”.

Z powyższego wynika wprost, że twierdzenia Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie nie mają faktycznego odzwierciedlenia. Przede wszystkim należy mieć na uwadze, że wykonawcy składali oferty wyceniając jedynie Usługę doradztwa, organizacji i obsługi Wyjazdu, i zgodnie z wyżej wycenionym twierdzeniem to te ceny były brane pod uwagę przy badaniu ceny przez Zamawiającego (a nie suma ofert i ceny służącej do porównania ofert przyjętej arbitralnie przez Zamawiającego). Gdyby przyjąć wyjaśnienia Zamawiającego to należy stwierdzić, że pomiędzy sumą ceny oferty i ceny służącej do porównania oferty Przystępującego, a średnią arytmetyczną wszystkich cen ofert i cen służących do porównania ofert występuje jedynie 3 % różnicy - a Zamawiający wskazał wprost na znaczącą dysproporcję ceny ofertowej Przystępującego i średniej arytmetycznej wszystkich cen ofertowych: „cena oferty jest znacząco niższa od średniej cen wszystkich złożonych ofert”. (wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 10.11.2022 r.).

Po piąte, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, ze złożonych przez Przystępującego wyjaśnień nie wynika, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest rażąco niska. Twierdzenia podnoszone w odwołaniu a dotyczące kosztów wynagrodzenia pracownika niepełnosprawnego zatrudnionego na umowę o pracę z minimalnym wynagrodzeniem są jak najbardziej trafne. Zgodnie z wyjaśnieniami Sun&More sp. z o.o., wykonawca ten skieruje do wykonania przedmiotowego zamówienia osobę niepełnosprawną ze znacznym stopniem niepełnosprawności, przy czym Wykonawca „zakłada, iż otrzymane dofinansowanie w 100% pokrywa koszty wynagrodzenia (w tym koszty pracodawcy)”. Zgodnie z dowodem przedłożonym przez wykonawcę otrzymuje on dofinansowanie do wynagrodzeń w kwocie 1950,00 zł, które to dofinansowanie jest przyznawane pracodawcy zatrudniającego pracownika o znacznym stopniu niepełnosprawności. Dofinansowanie jest przyznawane jako dofinansowanie do miesięcznych kosztów zatrudniania pracownika niepełnosprawnego.

Z powyższego twierdzenia, jak również przedstawionego przez Wykonawcę „Szacowanego czasu pracy”, wynika, że Sun&More sp. z o.o. zamierza koszty związane z zatrudnieniem Koordynatora w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia pokrywać z „dofinansowania z PFRON”, pozostała zaś część z obowiązkowych elementów składających się na koszt pracodawcy zatrudniającego pracownika na etacie według twierdzenia Sun&More sp. z o.o. nie jest związana z przedmiotowym zamówieniem - ma być ponoszona w ramach realizacji zadań innych kontrahentów. Tym samym z wyjaśnień Sun&More sp. z o.o. wynika bezsprzecznie, że Wykonawca ten założył, że część kosztów związanych z zatrudnieniem Koordynatora zostanie przez Wykonawcę w ramach realizacji zadań na rzecz innych podmiotów. Praktyka taka na gruncie zamówień publicznych jest niedopuszczalna. Wykonawcy nie mogą przerzucać części kosztów realizacji zadania do kosztów realizacji innych umów, podobnie jak niedozwolone jest pokrywanie strat wynikających z zaniżenia ceny zyskami z kontraktów realizowanych na rzecz innych podmiotów. Praktyki takie często kwalifikowane są jako przykłady czynów nieuczciwej konkurencji. Są one również dowodami na zaoferowania rażąco niskiej ceny (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 337/22).

Podkreślenia wymaga, że *„nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której wykonawca chcąc uzyskać dane zamówienie, podaje w ofercie cenę, która tylko częściowo uwzględnia koszty jego wykonania, natomiast pozostałe koszty zalicza do kosztów innej swojej działalności, tym samym eliminując innych wykonawców którzy zgodnie z opisem sposobu wykonania zamówienia ustalonym w postanowieniach SWZ dokonali obliczenia ceny ofertowej”*. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 192/22).

Podkreślił, że Sun&More sp. z o.o. szacuje czas pracy koordynatora w ramach jednego wyjazdu na 8,5 dnia roboczego osoby ze znacznym stopniem niepełnosprawności. Wynagrodzenie tego pracownika ma być wypłacane w wysokości minimalnego

wynagrodzenia za pracę. Aktualnie, zgodnie z rozporządzeniem z dnia 14 września 2001 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej wysokości stawki godzinowej w 2022 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 1690), minimalne wynagrodzenia za pracę wynosi 3010,00 zł brutto. Przyjmując zatrudnienie na pełen etat w ramach umowy o pracę i z minimalnym wynagrodzeniem, miesięczny koszt Wykonawcy wynosi 3671,61 zł, z uwzględnieniem składek:

- 1) emerytalne: $3010 \times 9,76\% = 293,78$ zł,
- 2) rentowe: $3010 \times 6,50\% = 195,65$ zł,
- 3) wypadkowe: $3010 \times 1,67\% = 50,27$ zł,
- 4) Fundusz Pracy : $3010 \times 2,45\% = 73,75$ zł,
- 5) FGŚP: $3010 \times 0,1\% = 3,01$ zł,
- 6) składka PPK: 45,15 zł

Wobec powyższego, godzina pracy pracownika osiągającego ze stosunku pracy minimalne wynagrodzenie za pracę, na którego Wykonawca otrzymuje dofinansowanie z PFRON w wysokości 1950,00 zł miesięcznie, stanowi koszt Wykonawcy w wysokości:

- 1) $3671,61$ zł - $1950,00$ zł = $1721,61$ zł
- 2) $1721,61$ zł/ 147 godzin (czas pracy osoby niepełnosprawnej zaliczonej do znacznego stopnia niepełnosprawności nie może przekraczać 7 godzin na dobę i 35 godzin tygodniowo) = $11,72$ zł

Z powyższego wynika, że koszt przewidziany na organizację jednego wyjazdu szacowany przez Wykonawcę Sun&More sp. z o.o. na łącznie 59 godzin (8,5 dnia x 7 godzin) wynosi 691,48 zł (59 godzin x 11,72 zł), w sytuacji gdy Wykonawca Sun&More sp. z o.o. zaoferował cenę jednostkową brutto za organizację 1 wyjazdu w wysokości 25,00 zł, a łączną wartość oferty brutto, a więc dla organizacji 4 wyjazdów - 100,00 zł.

Cena zaoferowana przez Sun&More sp. z o.o. nie wystarcza na pokrycie kosztów zatrudnienia pracownika oddelegowanego do realizacji przedmiotowego zamówienia. Co więcej, zaoferowana cena pozwala na pokrycie jedynie kosztów dwóch godzin pracy pracownika Wykonawcy, podczas gdy sam Wykonawca wskazał, że do zrealizowania jednego Wyjazdu niezbędne jest poświęcenie 8,5 dnia roboczego, czyli łącznie 59 godzin.

Kalkulacja przedstawiona przez Odwołującego dotyczy kwoty minimalnego wynagrodzenia obowiązującej w 2022 r., przy czym zamówienie będzie zgodnie z SWZ wykonywane do dnia 31 lipca 2023 r. Zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1952), od 1 stycznia 2023 r. minimalne wynagrodzenie za pracę będzie wynosiło 3490,00 zł brutto, a od 1 lipca 2023 r. 3600,00 zł brutto. W związku z tym koszt pracodawcy w I-szej połowie 2023 r. wzrośnie, aż do 4204,75

zł, co spowoduje wzrost kosztów godziny pracy pracownika o znacznym stopniu niepełnosprawności (przy uwzględnieniu dofinansowania PFRON) o ponad 23%.

Co istotne, z wyjaśnień Przystępującego nie wynika, co podnosi Zamawiający, że „wykonywanie znacznej części czynności może odbywać się równolegle z innymi czynnościami pracownika”, a wręcz przeciwnie Przystępujący wskazał koszty realizacji usługi doradztwa, organizacji i obsługi jednego Wyjazdu.

Po szóste, twierdzenia Zamawiającego jakoby Odwołujący nie posiadał interesu prawnego do wniesienia przedmiotowego odwołania są całkowicie chybione. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

1) w wyroku z dnia 5 stycznia 2018 r., KIO 2652/17, KIO wskazała, że: *„Orzecznictwo Izby w przeważającej większości potwierdza, iż w przypadku procedury odwróconej, interes we wniesieniu odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty posiada każdy z wykonawców sklasyfikowanych w rankingu ofert”*;

2) w wyroku z dnia 10 grudnia 2018 r., KIO 2446/18, Izba przyjęła, że: *„w przypadku procedury odwróconej interes we wniesieniu odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty posiada każdy z wykonawców sklasyfikowanych w rankingu ofert”*;

3) w wyroku z dnia 26 marca 2018 r., KIO 417/18, Izba uznała, że: *„wykonawca, którego oferta sklasyfikowana została na dalszej pozycji w rankingu ofert, jest uprawniony do złożenia odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej bez kwestionowania wszystkich ofert sklasyfikowanych na wyższych pozycjach, bowiem oferty te nie zostały ostatecznie zweryfikowane przez zamawiającego na podstawie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia”*.

Fakt, że Wykonawca UpHotel Sp. z o.o. nie złożył odwołania ani nie przystąpił do przedmiotowego postępowania odwoławczego nie powoduje, że Odwołujący nie posiada interesu prawnego do wniesienia przedmiotowego odwołania.

Po siódme, Zamawiający zgodnie z Wzorem umowy wymaga od Wykonawcy lub Podwykonawcy zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 PZP, tj. czynności rezerwacji usług niezbędnych do wykonania umowy, jeżeli te czynności nie są wykonywane przez właściciela/osoby zarządzające przedsiębiorstwem Wykonawcy/Podwykonawcy, przy czym Zamawiający w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia wskazuje, że „Koordynator odpowiada za realizację wszystkich czynności leżących po stronie Wykonawcy wskazanych w SOPZ i umowie’ - Pkt 4. 2 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia. Koszty zatrudnienia Koordynatora mieszczą się w kosztach wskazanych do wyceny w formularzu ofertowym. Niewątpliwie usługa organizacji Wyjazdu jest równoznaczna z wykonywaniem czynności rezerwacji usług niezbędnych do wykonania

Umowy, a koszt ten winien być uwzględniony w Przedmiocie oferty - Usłudze doradztwa, organizacji i obsługi Wyjazdu i jako taki wyceniony przez wykonawców.

Po ósme, jak już wskazano w odwołaniu, jak i we wcześniejszej części niniejszego pisma, koszty godziny pracy pracownika zatrudnionego na umowę o pracę oblicza się z uwzględnieniem pełnego miesięcznego wynagrodzenia i kosztów pracodawcy. Odwołujący wyliczył proporcjonalne wynagrodzenie do czasu wskazanego przez Przystępującego, przy wskazanych przez niego założeniach. Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał jaki zakres godzinowy jest potrzebny do realizacji jednego wyjazdu przy czym polemika Zamawiającego w tym zakresie nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia. Dofinansowanie PFRON przysługuje do całego miesięcznego wynagrodzenia i ma wpływ na miesięczne koszty zatrudnienia pracownika na umowę o pracę przez pracodawcę, a nie do jego części. Niedopuszczalne są więc twierdzenia, że *„koszty Sun&More Sp. z o.o. nawet po uwzględnieniu podwyższenia od 01 stycznia 2022 r. minimalnego wynagrodzenia będą z nadwyżką pokrywane z dofinansowania z PFRON”*. Metodologia przyjęta do wyliczeń wskazanych w odwołaniu jest adekwatna do wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. To że w innych postępowaniach, przy założeniu tożsamyh warunków świadczenia usługi, występowały niższe ceny ofertowe za jeden wyjazd, które nie zostały zakwestionowane, nie ma wpływu na przedmiotowe postępowanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący w rankingu złożonych ofert zajął trzecie miejsce, jednakże z uwagi na zastosowaną w postępowaniu procedurę odwrócona ma interes. Izba podzieliła stanowisko wyrażone w wyroku KIO z 10.12.2018 r., KIO 2446/18, że: *„w przypadku procedury odwróconej interes we wniesieniu odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty posiada każdy z wykonawców sklasyfikowanych w rankingu ofert”*.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ” wraz z Załącznikiem nr 1 do SWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia /SOPZ/, Załącznikiem nr 2 do SWZ – Wzorem

umowy, Załącznikiem nr 3 do SWZ - Formularz ofertowy, oferty Przystępującego oraz Wykonawcy UpHotel sp. z o.o., informacji z otwarcia ofert z 10.11.22 r., wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z 10.11.2022 r. skierowanego do Przystępującego, wezwanie do złożenia dokumentów z 10.11.2022 r. skierowanego do Przystępującego, wyjaśnienia Przystępującego z 16.11.2022 r. w zakresie ceny rażąco niskiej wraz z załączonymi do wyjaśnień dowodami oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączony przez Odwołującego do odwołania na okoliczności wskazane w odwołaniu:

- wydruk z kalkulatora płacowego dostępnego na stronie www.wynagrodzenia.pl.

Nadto, Izba zaliczyła również złożone na rozprawie przez Odwołującego:

1) kopie informacji z otwarcia ofert z 29.01.2021 r. wraz z wydrukiem dokumentacji z tego postępowania, tj. SWZ, SOPZ, formularza ofertowego; /na okoliczność, iż zaoferowane w tym postępowaniach ceny były znacząco wyższe od cen zaoferowanych w tym postępowaniu/;

2) kopie informacji z otwarcia ofert z 19.11.2021 r. wraz z wydrukiem dokumentacji z tego postępowania, tj. SWZ, SOPZ, formularza ofertowego; /dot. wykonawcy sklasyfikowanego na drugiej pozycji, zostały złożone na okoliczność, iż tożsame postępowania na usługi doradztwa i organizacji wyjazdów zostało wycenione wyżej niż w danym postępowaniu, co podaje pod wątpliwość miarodajność ceny podanej przez Przystępującego w tym postępowaniu/;

3) kopie informacji z otwarcia ofert z 18.05.2022 r. wraz z wydrukiem dokumentacji z tego postępowania, tj. SWZ, SOPZ, formularza ofertowego /na okoliczność, iż zaoferowane w tym postępowaniach ceny były znacząco wyższe od cen zaoferowanych w tym postępowaniu/.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Zamawiającego:

- wyjaśnienia Odwołującego z 26.05.2022r. dot. rażąco niskiej ceny na okoliczność, iż wymiar czasu Przystępującego w obecnym postępowaniu został w tym kontekście i tak zawyżony (tajemnicy przedsiębiorstwa).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, tj. odwołania, odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego, uzupełniającego /dodatkowego/ stanowiska pisemnego Odwołującego, pisma procesowego Przystępującego złożonego w tym ostatnim wypadku na posiedzeniu, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie, uzupełniającego /dodatkowego/ stanowiska pisemnego Odwołującego, pisma procesowego Przystępującego a w szczególności przywołana treść oferty Przystępującego, postanowienia SWZ, SOPZ, wzoru umowy oraz formularza ofertowego. Spór nie dotyczył stanu faktycznego ale oceny czynności Zamawiającego wyboru oferty Przystępującego w kontekście złożonych na wezwanie (przywołane w odwołaniu) wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej z 16.11.2022 r. Zgodnie z którymi: „(...)Oferent wyjaśnia, iż w jego ocenie zarzut odnośnie rażąco niskiej ceny nie jest słuszny. Oferent Sun&More sp. z o. o. podnosi w tym miejscu, że metodyka sporządzenia kalkulacji ceny przez Wykonawcę poczyniona na potrzeby zaoferowania w postępowaniu konkretnej ceny wynika wprost z wymogów Zamawiającego i w 100% pokrywa się z zaoferowaną ceną . Oferent, przystępując do postępowania, skalkulował ofertę na podstawie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, biorąc pod uwagę wszystkie czynności, jakie muszą zostać dokonane celem właściwego wykonania umowy a także dodatkowe czynniki, które w sposób realny pozwalają Wykonawcy na obniżenie kosztów realizacji usługi.

Ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „rażąco niska cena”. Odwołując się do orzecznictwa można przyjąć, że ma ona miejsce wtedy, kiedy przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Wielokrotnie wskazywano także, że za cenę rażąco niską nie może być uznana taka cena, która pokrywa wszystkie koszty realizacji zamówienia i zawiera minimalny choćby zysk.

Zaproponowana przez Wykonawcę oferta zawiera wszelkie niezbędne składniki pozwalające na realizację zamówienia zgodnie z opisem przedmiotem zamówienia. Skierowane do pracy osoby będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę, a otrzymane dofinansowanie za osoby niepełnosprawne pozwala na realizację umowy w cenie wskazanej w ofercie.

W orzecznictwie KIO nie kwestionuje się, iż otrzymywanie dofinansowania z PFRON może stanowić szczególną okoliczność uzasadniającą znaczne obniżenie ceny za świadczenie usługi, np wyrok KIO 1873/18

Szczegółowe wyliczenie kosztów Wykonawca przedstawia poniżej:

* Koszty wynagrodzenie pracownika

Wykonawca otrzymuje dofinansowanie PEFRON do zatrudnienia osoby niepełnosprawnej w wysokości 1950 zł. W stosunku do otrzymywanego wynagrodzenia (w wysokości najniższej krajowej) pokrywa to około 1/2 etatu.

Szacowany czas pracy np.

-na przygotowanie oferty podróży - 7 godzin (1 dzień roboczy)

-modyfikacja oferty na podstawie uzgodnień z Zamawiającym - 7 godzin (1 dzień roboczy)

-rezerwacja poszczególnych świadczeń - 7 godzin (1 dzień roboczy)

-obsługa w czasie trwania podróży (bieżący kontakt z uczestnikami, rozwiązywania problemów, koordynacja itp) 6 dni (zakładany czas trwania misji) x 4 godziny = 24 godziny (3,5 dnia roboczego)

-przygotowanie raportu - 7 godzin (1 dzień roboczy)

-wyjątkowe sytuacje, awaryjne - 7 godzin (1 dzień roboczy)

W związku z powyższym, Wykonawca zakłada, iż otrzymane dofinansowanie w 100 % pokrywa koszty wynagrodzenia (w tym koszty pracodawcy). Na dowód Wykonawca załącza pismo o wysokości otrzymywanego wynagrodzenia oraz potwierdzenie zatrudnienia osoby niepełnosprawnej.

Dodatkowo na dowód prawidłowej kalkulacji poszczególnych pozycji oferent przedstawia wyjaśnienia w zakresie:

* Zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług: Wykonawca posiada doświadczenie w zakresie organizacji wyjazdów, misji zagranicznych, a co za tym idzie:

- posiada umiejętność optymalnego i efektywnego zarządzania przygotowaniem oraz organizacją takiego wydarzenia

- posiada znajomość lokalnych dostawców usług i produktów oraz możliwościami szybkiego uzyskania optymalnej oferty przez tych dostawców, które to okoliczności oferent zbadał przed złożeniem oferty.

*Wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług: Wykonawca w swoich zasobach posiada wykwalifikowaną kadrę posiadającą doświadczenia w sprawnej organizacji i obsłudze logistycznej wyjazd zagranicznych; a także systemy do rezerwacji usług hotelarskich, transportowych.

*Zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy: Wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.

*Zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie: Wykonawca w ramach swojej działalności przestrzega wszystkich przepisów z zakresu prawa pracy oraz zapewnia pracownikom zaangażowanym w realizację poszczególnych zadań, zabezpieczenie społeczne w ramach zawartego stosunku pracy w miejscu w którym realizowane są

zamówienia. Tym samym na poczet realizacji usługi będącej przedmiotem niniejszego zamówienia uwzględniono powyższe zasady.

Oferent wskazuje, że przy ocenie tego, czy oferta zawiera rażąco niską cenę kluczowe znaczenie ma nie to, że cena ofertowa znacząco różni się od wartości zamówienia (szacunkowej) oraz od cen pozostałych ofert. By mówić o przesłankach odrzucenia oferty, cena musi być nie tylko bardzo niska, ale rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia (a nie wartości szacunkowej) - a za taką należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe.

Kalkulacja oferty przeprowadzona w samej ofercie zgodnie z klarownym opisem przedmiotu zamówienia ustalonym przez samego Zamawiającego jest zatem kompletna i rzetelna, a także uwzględnia wszystkie koszty wykonania zamówienia publicznego, kalkuluje ryzyka związane z alternatywnością i niepewnością niektórych rozwiązań przyjętych przez Zamawiającego i Wykonawcę a wynikających z oczywistej specyfiki zadania publicznego, uwzględnia skalę samego zadania a jednocześnie zapewnia oferentowi, w przypadku jego wyboru, godziwy zysk.

Na zakończenie powyższych wyjaśnień warto w tym miejsc przytoczyć przykładowo stanowisko Izby zawarte w wyroku z dnia 9 marca 2015 r., sygn. akt KIO 343/15, gdzie wskazano, że „automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest niedopuszczalne. Ocena, czy zaoferowana cena jest niewiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej”.

Dodatkowo Przystępujący w swoim piśmie złożonym na posiedzeniu stwierdził: „(...) Podstawą skorzystania ze środków ochrony prawnej, w tym wniesienia odwołania, jest posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Przesłanki te muszą być spełnione łącznie. Tym samym warunkiem koniecznym rozpoznania odwołania jest wykazanie wskazanego wyżej interesu w jego wniesieniu i możliwości poniesienia szkody. W niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał, że jego interes jest naruszony oraz że w związku z jego naruszeniem może ponieść szkodę. Z art. 505 ustawy Pzp wynika jasno, że ma to być indywidualny interes Odwołującego, a nie interes innych podmiotów, czy nawet interes publiczny.

W rankingu ofert Odwołujący został sklasyfikowany na trzeciej pozycji. Tym samym aby oferta Odwołującego mogła zostać uznana za najkorzystniejszą konieczne jest odrzucenie oferty Przystępującego oraz drugiej w kolejności oferty UpHotel sp. z o.o. Odwołujący wskazał na konieczność wezwania UpHotel sp. z o.o. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Nie formułuje jednak zarzutu, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę. Tym

samym nie wskazuje nawet hipotetycznie, że oferta ta mogłaby podlegać odrzuceniu. Nawet sam fakt spełniania przesłanek do wystąpienia przez Zamawiającego na podstawie art. 224 ustawy Pzp nie wskazuje automatycznie, że oferta winna być kwalifikowana jako oferta z rażąco niską ceną. Tym samym w postępowaniu nie występują przesłanki wskazujące nawet na hipotetyczną możliwość wyboru oferty Odwołującego w wyniku rozpoznania odwołania. Zatem brak możliwości wyboru oferty Odwołującego wskazuje, że nie posiada on interesu w skorzystaniu ze środka ochrony prawnej, a w szczególności nie ponosi on, ani nie może ponieść szkody z tego tytułu.

Należy wskazać, że obowiązek wykazania wskazanych wyżej przesłanek leży po stronie Odwołującego. Zobowiązany jest on do udowodnienia ich istnienia, a ciężar dowodu w całości go obciąża. Odwołujący nie wykazał, żadnym dowodem posiadania interesu we wniesieniu odwołania, oraz możliwości poniesienia szkody związanej z czynnością Zamawiającego w postępowaniu. Odwołujący nie wskazał żadnych dowodów wskazujących, aby oferta UpHotel sp. z o.o. zawierała rażąco niską cenę. Tym samym nawet nie zostało uprawdopodobnione, że nawet hipotetycznie oferta ta będzie podlegać odrzuceniu, a tym samym że Odwołujący ma szansę to zamówienie uzyskać.

Jednocześnie należy wskazać, że w postępowaniu odwoławczym Izba winna ocenić rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy w zakresie ustalenia, czy na podstawie złożonych przez przystępującego wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do uznania, że cena zaoferowana przez ww. wykonawcę nie jest rażąco niska oraz czy Przystępujący złożył ofertę z rażąco niską ceną.

Wyjaśnienia przystępującego z dnia 16 listopada 2022 r. odnosiły się do wszystkich aspektów oczekiwanych przez Zamawiającego i wyartykułowanych w wezwaniu z dnia 10 listopada 2022 r. i czyniły zadość wezwaniu Zamawiającego. Z przedłożonych wyjaśnień wynika, że zamówienie zostanie zrealizowane z zyskiem. W zakresie odpłatności zamówień publicznych wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu sygn. akt KIO 2164/18: "O odpłatności umów w sprawie zamówienia publicznego nie przesądza zatem fakt świadczenia pieniężnego pomiędzy zamawiającym a wykonawcą ale sam fakt otrzymania przez wykonawcę przysporzenia majątkowego, jako ekwiwalentu za świadczoną usługę. Wykonawca może wykazać np. iż usługa, którą wycenił na 0,00 zł nie jest przez niego świadczona «ze stratą», gdyż np. posiada bardzo korzystne warunki finansowania lub dostawy danych usług, które następnie świadczy Zamawiającemu w ramach zamówienia publicznego. Z powyższego wynika, że wykonawca może zaoferować zamawiającemu opłatę transakcyjną 0,00 zł za wykonanie danej usługi, jeśli wykáže, że oferowana usługa pomimo tego nie będzie realizowana poniżej kosztów.

W orzecznictwie KIO nie kwestionuje się, iż otrzymywanie dofinansowania z PFRON może stanowić szczególną okoliczność uzasadniającą znaczne obniżenie ceny za świadczenie usługi, np. wyrok KIO 1873/18.

Wykonawca przedstawił wyjaśnienia, w których obliczył, że nakład pracy na wykonanie zadań związanych z przygotowaniem i obsługą oferty podróży wynosi 59 godzin roboczych, a Wykonawca otrzymuje dofinansowanie do stanowiska pracy z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych (PFRON) w wysokości 1950 zł miesięcznie (w roku 2022), co pokrywa koszt około połowy etatu pracownika. Wykonawca wykazał, że osoba przewidziana do wykonywania czynności przy wykonywaniu zamówienia jest aktualnym pracownikiem Wykonawcy i Wykonawca nie musi ponosić dodatkowych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia. Zamawiający wziął przy tym pod uwagę, że przeciętny wymiar czasu pracy osoby niepełnosprawnej wynosi miesięcznie 24 dni robocze x 7 godzin, tj. 168 godzin, a wykonywanie znacznej części czynności może odbywać się legie z innymi czynnościami pracownika. W związku z powyższym nie można twierdzić, aby z przedstawionych przez Przystępującego wyjaśnień i podmiotowych środków dowodowych wynikało, że oferta Sun&More Sp. z o.o. zawierała cenę, niepozwalającą na wykonanie zamówienia zgodnie z SWZ i powszechnie obowiązującymi przepisami, w szczególności w oparciu o wiedzę co do praktyk stosowanych w podobnych zamówieniach publicznych, a więc faktów powszechnie znanych.

Jako całkowicie nieuzasadnione należy uznać twierdzenia Odwołującego, że kalkulując koszty realizacji odnoszące się do wynagrodzenia pracownika Przystępujący winien rozliczać wszelkie oszczędności proporcjonalnie. Uznał, że niedopuszczalne jest pokrywanie kosztów realizacji usługi przychodami z innych źródeł. Stanowisko takie nie znajduje uzasadnienia ani w przepisach ustawy Pzp, ani w przepisach innych ustaw, a także w zapisach SWZ. Zamawiający nie określił żadnych wymagań w zakresie sposobu kalkulacji ceny poza tym, że ma ona pokrywać koszty realizacji zamówienia. Skoro przystępujący pokrywa pełne koszty wynagrodzenia pracownika przychodami z innych tytułów (w tym w ramach ogólnych kosztów działalności spółki), to uprawniony jest do rozliczenia czasu pracy na rzecz realizacji przedmiotowego zamówienia w ramach dofinansowania uzyskiwanego z PFRON.

Nadmienić należy, że w ramach wyjaśnień wskazane zostało tegoroczne wynagrodzenie wraz z potwierdzeniem przyznania dofinansowania w wysokości 1950 zł miesięcznie. W roku 2023 dofinansowanie to wynosić będzie 2400 zł miesięcznie. Tym samym niezasadne są twierdzenia, że od 01.01.2023r. koszty związane z wynagrodzeniem radykalnie wzrosną. Przystępujący wskazał na sposób sfinansowania kosztów wynagrodzenia ze środków publicznych, które pokrywają ponad 50% wszystkich kosztów. Podział ten będzie utrzymany także w roku 2023. Pozwala to przystępującemu zaoferować

kwotę 25 zł za jedną usługę objętą zamówieniem co stanowić będzie gwarantowany zysk wykonawcy.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że w doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że odpłatną czynnością prawną jest taka czynność, na podstawie której każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową. Zatem odwołując się do definicji zamówienia publicznego można stwierdzić, iż jest ona umową zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, w wykonaniu której korzyść majątkową otrzymują zarówno zamawiający - na jego rzecz wykonawca realizuje usługę, dostawę lub robotę budowlaną, jak i wykonawca - najczęściej w postaci zapłaty (przy czym nie jest istotne, czy środki pochodzą od strony umowy, czy też od osoby trzeciej) lub w innej, niekoniecznej pieniężnej, formie (usługi, rzeczy, wierzytelności, inne prawa) mającej wartość majątkową. Pojęcie odpłatności należy interpretować szeroko i obejmuje ono nie tylko świadczenia pieniężne, lecz również każdy rodzaj korzyści, które zamawiający akceptuje w zamian za wykonanie zamówienia. Ocena odpłatnego charakteru umowy powinna być zatem zgodna z dyspozycją art. 139 ust. 1 p.z.p., dokonywana z uwzględnieniem reguł właściwych dla umów prawa cywilnego (Tak w wyroku KIO 744/20).

W dalszej kolejności należy wskazać, że przepisy ustawy Pzp nie określają liczby wezwań do wyjaśnień ceny oferty, które mogą zostać wystosowane do wykonawcy. W orzecznictwie Izby wskazuje się, że brak jest przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie, jeśli pierwotne wyjaśnienia wykonawcy nie rozwiązały wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną lub gdy istnieje w danym zakresie potrzeba uzyskania bardziej szczegółowych wyjaśnień albo gdy wystosowane przez zamawiającego wezwanie miało charakter na tyle ogólny, że nie można z jego treści wyczytać, które elementy kalkulacyjne winny zostać przez wykonawcę wyjaśnione, czy też budziły wątpliwości zamawiającego (por. wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2020 r. sygn. akt: KIO 758/20, wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2019 r. sygn. akt: KIO 489/19, wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2019 r. sygn. akt: KIO 480/19, wyrok KIO z dnia 28 marca 2017 r. sygn. akt: KIO 466/17). W tym zakresie należy zwrócić uwagę, że Zamawiający w sytuacji powzięcia wątpliwości co do wyjaśnień Przystępującego mógł do niego wystąpić o doprecyzowanie wyjaśnień.

Niewątpliwie jednak nie jest konieczne w ramach składanych wyjaśnień wskazywania na kwestie oczywiste, znane Zamawiającemu. W niniejszej sprawie oczywistym jest, że wykonawca jest podmiotem wpisanym do Centralnej Ewidencji Organizatorów Turystyki i Przedsiębiorców Ułatwiających Nabywanie Powiązanych Usług Turystycznych. Oczywistym jest również, że w ramach zamówienia Wykonawca uzyskuje przychód nie tylko z tytułu wynagrodzenia za kompleksową organizację udziału przedsiębiorców w misjach gospodarczych, ale również z tytułu pokrycia kosztów udziału przedsiębiorców, które

Zamawiający oszacował na kwotę 308.000 zł. Koszt udziału pokrywany jest przez Zamawiającego na podstawie faktycznie poniesionych wydatków (zgodnie z przygotowaną przez Wykonawcę ofertą). Zgodnie z zapisami SWZ koszty z tytułu logistyki Wyjazdów to „koszty, które będą podlegały refundacji na rzecz Wykonawcy przez Zamawiającego, tj. bilety lotnicze, usługa hotelowa ze śniadaniem i transferem zagranicą, ubezpieczenie, bilety wstępu na Wydarzenie (jeśli dotyczy), Opiekun/Rezydent w miejscu docelowym Misji gospodarczej (jeśli dotyczy)”.

Istotnym jest jednak, że koszty te wynikają z ofert uzyskanych od podmiotów trzecich, jak np. linie lotnicze, hotele, organizatorzy wydarzeń, etc. Zasadą funkcjonowania rynku usług turystycznych jest udzielanie prowizji za pośrednictwo w sprzedaży tychże usług. Zgodnie z zasadami rozliczeń określonymi umową nie jest możliwe, aby to Wykonawca zamówienia był bezpośrednim dostawcą usług podmiotów trzecich (biletów lotniczych, usług hotelowych, etc.), co obligowałoby go do udzielenia zamawiającemu uzyskanych od dostawców prowizji.

W takiej sytuacji Zamawiający uzyskuje oferty usług dostarczanych przez podmioty trzecie z maksymalnymi zniżkami i prowizjami jakie jako kontrahent może uzyskać Zamawiający. Jednakże w cenie tej zawierają się prowizje dla pośredników, którym jest każdy z Wykonawców składających ofertę w niniejszym postępowaniu. Oznacza to, że każdy wykonawca spełniający warunki udziału w niniejszym postępowaniu będzie realizował zamówienie w ten sam sposób, tj. z uwzględnieniem należnych mu prowizji z tytułu wskazanych każdorazowo w ofercie usług. Oczywiście zależnie od posiadanych umów oraz realizowanych współpracy z innymi podmiotami wysokość tej prowizji jest bardzo różna. Biorąc zaś pod uwagę, że na dzień składania oferty nie są znane szczegółowe dane dotyczące konkretnych wyjazdów, żaden Wykonawca nie jest w stanie z góry określić wysokości uzyskanej prowizji. Jednakże nawet przy minimalnej prowizji faktyczne wynagrodzenie Wykonawcy będzie wyższe niż określone umową. Powyższe fakty są oczywiste dla Zamawiającego, ale także dla każdego wykonawcy składającego ofertę w niniejszym postępowaniu.

Przystępujący mógł zatem uwzględnić, że wszelkie koszty pracownika zatrudnionego do realizacji niniejszego zamówienia i z nim związane zostaną pokryte dofinansowaniem z PFRON, a dodatkowy zysk zostanie wypracowany ze wskazanej wyżej prowizji. Kwestie te są oczywiste dla Zamawiającego, zatem nie musiały być odrębnie wskazywane w złożonym wyjaśnieniu. Przyjmując twierdzenie przeciwne doszlibyśmy do wniosku, że składając wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny Wykonawca winien wskazywać wszystkie możliwe aspekty związane z realizacją zamówienia (nawet takie, które wprost wynikają z treści SWZ).

Jeśli zaś Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości, w tym co do aspektów realizacji zamówienia związanych ze specyfiką usług turystycznych winien wystąpić do

Przystępującego o uzupełnienie złożonych wyjaśnień. Ograniczeniem dla wszczęcia procedury ponownego wezwania wykonawcy do wyjaśnień ceny oferty jest sytuacja, gdy uprzednio złożone przez wykonawcę wyjaśnienia są ogólnikowe, lakoniczne, a wykonawca nie podjął nawet próby udowodnienia, że skalkulowana przez niego cena jest ceną realną oraz rynkową i gwarantuje prawidłową realizację przedmiotu zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 20 września 2017 r. sygn. akt: KIO 1847/17. Taka sytuacja nie miała miejsca w przedmiotowej sprawie. Mając na uwadze powyższe również z tego względu Odwołanie nie mogłoby zostać uwzględnione. Odrzucenie oferty Przystępującego w kontekście złożonych wyjaśnień byłoby bowiem przedwczesne.

W tym miejscu Przystępujący dodatkowo wskazuje na okoliczności, które powinny być znane Zamawiającemu z urzędu, jak fakt otrzymania przez Przystępującego Subwencji Finansowej w programie rządowym „Tarcza Finansowa 2.0 Polskiego Funduszu Rozwoju dla Mikro, Małych i Średnich Firm”. Uzyskane dofinansowanie gwarantuje Wykonawcy minimalny przychód pokrywający koszty działalności. Tym samym jakkolwiek dodatkowy przychód stanowi gwarancję uzyskania zysku z prowadzonej działalności. Wykonawca przygotowując ofertę uwzględnia bowiem zyskowość całego przedsięwzięcia jakim jest prowadzenie działalności gospodarczej, a nie jedynie konkretnych zleceń.

Odnosząc się do Zarzutu nr 2 odwołania należy wskazać, że jest on gołosłowny. W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z naturalną i rzeczywistą konkurencją między podmiotami, gdzie w sposób jednoznaczny z formularza oferty obu wykonawców wynika, że w różnych pozycjach oferują skalkulowane przez siebie wielkości. Wobec powyższego nie znajduje w okolicznościach faktycznych sprawy regulacja zawarta w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Przystępujący nie zna okoliczności, które utrudniałyby Odwołującemu dostęp do rynku. Zarzut ten nie został w żaden sposób przez Odwołującego uzasadniony i poparty jakimkolwiek dowodem.

Co do zaś odrzucenia ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi, iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jednym z czynów nieuczciwej konkurencji zgodnie z tą ustawą jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.). Tym samym czynem nieuczciwej konkurencji jest sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów własnych. W wyroku KIO z 4.05.2015 r., KIO 825/15, wskazano, że ustalenie cen na poziomie, który świadczy o ich

oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby uzyskać zamówienie, narusza dobre obyczaje kupieckie i może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie za czyn nieuczciwej konkurencji uznać należy takie zachowanie wykonawcy, który swoim działaniem (które może w pewnych okolicznościach być uznane za co najmniej niezgodne z zasadami współżycia społecznego lub przepisami prawa) utrudnia innym wykonawcom dostęp do rynku.

Utrudnianie dostępu do rynku, o którym mowa w art. 15 u.z.n.k., stanowi istotę tego czynu nieuczciwej konkurencji. Tymczasem Zamawiający nie podejmuje jakiegokolwiek próby ustalenie pozycji Wykonawców wobec siebie oraz zakresu rynku, do którego dostęp ogranicza Odwołujący swoim zachowaniem. Pojęcie pojedynczego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wypełnia definicji rynku. Przystępujący składając ofertę w konkurencyjnym postępowaniu nie utrudnia Odwołującemu dostępu do rynku. Nie jest bowiem ograniczeniem dostępu do rynku złożenie konkurencyjnej oferty, która została prawidłowo skalkulowana, jednak na poziomie niższym niż oferta odwołującego. Wykorzystanie przewagi konkurencyjnej jaką w niniejszej sprawie posiada Przystępujący nie jest czynem nieuczciwej konkurencji.

Nadmienić należy, że "poprzez dostęp do rynku należy rozumieć w szczególności swobodę decydowania podmiotu o uczestniczeniu w obrocie, swobodę wejścia na rynek, prowadzenia na nim działalności oraz wolność podjęcia decyzji o jej zakończeniu w stosunku do danego rynku", (tak.: Małgorzata Sieradzka (red.), Marcin Mioduszewski, Jarosław Sroczyński, Komentarz do art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Stan prawny: 2016.01.01, LEX). Nie można więc uznać, iż Przystępujący w jakikolwiek sposób ogranicza swobodę innych Wykonawców, co do działania na jakimkolwiek rynku. Utrudnianiem dostępu do rynku nie są działania zmierzające do pozyskania jak największej części tego rynku, w tym uzyskania zamówienia publicznego. W przeciwnym razie oferta każdego Wykonawcy w każdym postępowaniu musiałaby być odrzucana ze względu na naruszenie art. 15 u.z.n.k.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt u.z.n.k. tylko taka sprzedaż poniżej kosztów, która jest dokonywana w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku, a nie np. sprzedaż usług w celu uzyskania ich konkretnego wolumenu jest objęta dyspozycją omawianego przepisu.

"Należy z tego wnioskować, że dozwolona jest sprzedaż poniżej kosztów dokonana w innym celu niż eliminacja innych przedsiębiorców z rynku, np. w celu wejścia na rynek. Polityka cenowa może przecież stać się elementem uczciwej walki rynkowej" (wyrok SA w Warszawie z dnia 10 stycznia 2008 r., I ACa 231/07). Ponadto "Z żadnego przepisu prawa nie wynika obowiązek przedsiębiorcy do sprzedawania takich samych towarów wszystkim swoim klientom po tej samej cenie. Przysługująca przedsiębiorcy swoboda ustalania cen obejmuje także prawo do obniżania ceny swoich towarów z korzyścią dla poszczególnych odbiorców czy ich grup (...)" (tak: Małgorzata Sieradzka (red.), Marcin Mioduszewski,

Jarosław Sroczyński, Komentarz do art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Stan prawny: 2016.01.01, LEX).

Przystępujący nie utrudnia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, prowadzi normalną walkę rynkową w ramach swojej polityki cenowej oraz nie poniesie straty w wyniku realizacji zamówienia, jednocześnie gwarantując prawidłowość wykonania przedmiotu zamówienia. Przystępujący nie posiada również odpowiednich możliwości względem pozostałych Wykonawców, aby wypełnić przesłanki z art. 15 ust. 1 u.z.n.k. Nie można więc uznać, aby zostały spełnione przesłanki do odrzucenia jego oferty ze względu na utrudnianie innym Wykonawcom dostępu do rynku.

Uzasadniając ten zarzut Odwołujący zobowiązany był wykazać przynajmniej, która norma prawna lub jaki dobry obyczaj został przez Przystępującego naruszony (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 stycznia 2008 r., II CSK 363/07): "nieuczciwe w rozumieniu u.z.n.k. jest każde zachowanie się przedsiębiorcy (...), które narusza m.in. dobre obyczaje i jeżeli zachowanie takie zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, podpada pod art. 3 tej ustawy. Konieczne jest wykazanie przez uprawnionego, jaki dobry obyczaj doznał naruszenia oraz, że nieprzestrzeganie tego obyczaju zagroziło lub naruszyło interes konkurenta".

Jednak samo obniżenie cen w celu zdobycia zamówienia, nie zawsze należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji. W wyroku z 6.05.2011 r. KIO wskazało, że w kontekście art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., sprzedaż poniżej kosztów świadczenia usługi następuje, gdy nastąpiła poniżej kosztów własnych, jednak sama sprzedaż nie wystarcza do zakwalifikowania danego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji, konieczne jest jeszcze wykazanie, iż do transakcji doszło w celu eliminacji innych przedsiębiorców (KIO 867/11). Podobnie KIO orzekło w wyroku z 2.03.2010 r., wskazując "że zaniżanie cen, które nie może być traktowane inaczej aniżeli walka cenowa na danym rynku usług, może być uznane za nieuczciwe utrudnianie dostępu do rynku tylko w wyjątkowych okolicznościach. Na powyższe wskazuje się w doktrynie odnoszącej się do czynów nieuczciwej konkurencji (patrz: Skoczny w Komentarzu do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 576)." (KIO/UZP 1951/09, LEX nr 622551.).

Niezależnie od przytoczonej argumentacji, zarzut Odwołującego nie może zostać uwzględniony również z tego względu, iż nie została udowodniona ponad wszelką wątpliwość okoliczność dopuszczenia się przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji. Zwłaszcza, że Odwołujący jedynie spekuluje na czym ten czyn nieuczciwej konkurencji miałby polegać. Tymczasem szczegółowy katalog czynów nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy zawiera art. 15 uznk. Odwołujący nie wykazał zatem na czym ten czyn nieuczciwej konkurencji popełniony przez Przystępującego miałby polegać.

Twierdzenia Odwołującego nieoparte żadnymi dowodami nie stanowią wystarczającej przesłanki do uznania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do czynu nieuczciwej konkurencji. Z powyższych względów zarzuty i żądania Odwołującego należy uznać za nieuzasadnione. W tym zakresie to Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodu i nie wykazał spełnienia przesłanek niezbędnych od odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Tymczasem zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Nie ulega wątpliwości, że tym podmiotem, który z kwestii podnoszonych w odwołaniu wywodzi skutki prawne jest Odwołujący (tak: wyrok KIO z dnia 27 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1712/16 oraz z dnia 12 czerwca 2013 r. sygn. akt: KIO 1283/13).

Nadmienić tylko należy, że treść art. 537 ustawy Pzp nie zwalnia Odwołującego z udowodnienia twierdzeń na których opiera swoje odwołanie. Nie wystarczy samo stwierdzenie, że w ocenie Odwołującego oferta zawiera rażąco niską cenę, aby całość ciężaru dowodu przenieść na Przystępującego lub Zamawiającego.

Odnosząc się zaś do zarzutu nr 3 odwołania wskazuję, że w przedmiotowym postępowaniu nie zachodziła przesłanka do obligatoryjnego wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny. Przesłanka ta występuje tylko wtedy gdy rozbieżność nie wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (art. 224 ust. 2 pkt 1 a contrario). Nawet w przypadku gdy któraś z ofert zawiera cenę poniżej 30% szacunkowej wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej złożonych ofert, podlega badaniu w zakresie rażąco niskiej ceny tylko, gdy sytuacja ta nie wynika okoliczności oczywistych. W związku z powyższym, wobec niespełnienia warunku określonego w art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, Zamawiający nie był zobowiązany do występowania do Wykonawców o udzielenie dodatkowych wyjaśnień. Ponadto wskazać należy, że nawet ewentualne uwzględnienie tego zarzutu nie mogłoby doprowadzić do zmiany rozstrzygnięcia Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty. (...).”

Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu pierwszego oraz drugiego, Izba uznała w/w zarzut za podlegające oddaleniu.

W pierwszej kolejności konieczne jest podkreślenie, iż Izba kierował się i wzięła pod uwagę specyficzne okoliczności związane z przedmiotowym zamówieniem, które

spowodowały powstanie specyficznej konstrukcji. Należy bowiem zaznaczyć, że wycenie w ofercie podlegała jedynie część kosztów, które składają się na realizację przedmiotowego zamówienia. Konieczne bowiem było wycenienie kosztów wynagrodzenia za usługę doradztwa, organizację i obsługę wyjazdów, wyłączone były koszty logistyki, czyli koszty biletów lotniczych, noclegów hotelowych oraz inne usługi towarzyszące zgodnie z SOPZ (Rozdział III). Było to spowodowane tym, że brak było szczegółowej wiedzy, co do samych wyjazdów Zamawiającego, były tylko znane główne kierunki. Kwestia ta także była regulowana w Rozdziale III SOPZ. Koszty związane z logistyką podlegały rozliczaniu oddzielnemu, co było spowodowane tym, że były one oddzielnie zlecane i rozliczane na podstawie przedłożonych przez Wykonawcę i zaakceptowanych przez Zamawiającego Raportów z wykonania usługi (§ 12 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy). Ta specyficzna konstrukcja niejako generowała określone skutki m.in. taki, że cena zaoferowana, stanowiła de facto częściowy koszt realizacji całości zamówienia. Z tej przyczyny Izba przyjęła stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, iż doliczał na etapie badania i oceny ofert „ryczałt z tytułu logistyki”, co także zastrzegł w SWZ w Rozdz. XVII. Wyjaśnił też, iż kierował się w tym zakresie wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 03.01.2018 r., sygn.. akt: XXIII Ga 1547/17. Nie mógł uczynić inaczej, w przeciwnym razie, wycinek kosztów podlegających wycenie w ofercie, bez doliczenia wskazanego ryczałtu bazującego na wartości szacunkowej, nie podlegałby wogóle procedurze przetargowej, nadto gwarantuje to porównywalność złożonych ofert. Ta specyfika nie jest bez znaczenia, przy ocenie zarzutów odwołania.

Tak czy inaczej Wykonawcy mieli wyliczyć koszty doradztwa, organizacji i obsługi wyjazdów, tj. 1 wyjazdu, które należało przeliczyć x 4 wyjazdy. Niniejsza usługa turystyczna miała zostać zrealizowana przez koordynatora (Rozdz. I pkt 4.2 SOPZ). Zamawiający przewidywał także, że osoba świadcząca czynności rezerwacji usługi niezbędnych do wykonania umowy (§ 3 ust. 1 wzoru umowy) musiała być zatrudniona na umowę o pracę. Z kolei szczegółowy zakres obowiązków Koordynatora został określony w pkt 4 Rozdz. 4 SOPZ.

W niniejszym stanie faktycznym, z uwagi na wskazana wcześniej specyficzna konstrukcję, izba uznała wyjaśnienia Zamawiającego, co do tego, iż wezwanie do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej było de facto wezwaniem do wyjaśnień kosztu częściowego. W konsekwencji, podstawa wezwania nie była podstawą wezwania obligatoryjnego (art. 224 ust.2 pkt 1 Pzp), ale fakultatywna (art. 224 ust. 1 Pzp).

Odnośnie uzyskanych wyjaśnień, nie można zaprzeczyć, że Przystępujący wskazał, że koordynatorem będzie osoba niepełnosprawna mająca orzeczenie o stopniu niepełnosprawności, które zostało załączone do wyjaśnień. Wskazał, że jest to już osoba

zatrudniona u Przystępującego, załączono do wyjaśnień kopie aneksu do umowy o pracę. Dodatkowo, Przystępujący w wyjaśnieniach wykazał, że otrzymuje dofinansowanie z PEFRONU, na okoliczność czego załączył do wyjaśnień stosowny dokument. W ramach wyjaśnień przedstawił koszty wynagrodzenia pracownika, zgodnie z którymi otrzymuje dofinansowanie z PEFRON-u, do zatrudnienia osoby niepełnosprawnej w wysokości 1950 zł. Q stosunku do otrzymanego wynagrodzenia (w wysokości najniższej krajowej) pokrywa to około 1/2 etatu. Nadto, przedstawił szacunkowy czas pracy, gdzie wskazał, ile godzi i dni roboczych zajmują określone czynności realizowane w ramach umowy i wycenione w ofercie Przystępującego, takie jak przygotowanie oferty podróży, jej modyfikacja, rezerwacja poszczególnych świadczeń, obsługa w czasie trwania podróży, przygotowanie raportu, wyjątkowe sytuacje, awaryjne. Stwierdza w wyjaśnieniach także, że Wykonawca zakłada, iż dofinansowanie w 100% pokrywa koszty wynagrodzenia (w tym koszty pracodawcy). Wynika więc z nich po przeliczeniu szacunkowego czasu pracy, że nakład pracy wynosi 59 godzin roboczych, a Wykonawca otrzymuje dofinansowanie w wysokości 1950 zł miesięcznie, co pokrywa około połowę etatu pracownika. Wynika, z tego, że osoba przewidziana do wykonania zamówienia jest aktualnym pracownikiem Wykonawcy i Wykonawca nie będzie ponosił dodatkowych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia np. zatrudnieniem nowej osoby. Izba także wzięła pod uwagę okoliczność notoryjną, że od 2023 roku dofinansowanie z PEFRON-u wzrasta do wysokości 2400 zł. Niewątpliwie, z racji, iż jest to osoba niepełnosprawna Zamawiający miał prawo założyć, że przeciętny wymiar czasu pracy takiej osoby wynosi miesięcznie 24 dni robocze x 7 godzin, tj. 168 godzin, a wykonywanie znacznej części czynności może odbywać się równoległe z innymi czynnościami pracownika. Izba uznała to za dopuszczalne. Zamawiający bowiem w żaden sposób nie zastrzegł w SWZ, że koordynator ma być zatrudniony wyłącznie do wykonywania usług na rzecz Zamawiającego. Izba także uznała, że ze względu na specyfikę zamówienia szeroko opisana na wstępie nie można przychylić się do tezy i argumentacji Odwoływającego z odwołania i stanowiska uzupełniającego oraz rozprawy, że Przystępujący powinien rozliczać wynagrodzenie swojego pracownika i koszty z tym związane proporcjonalnie. Zamawiający nie poczynił żadnych zastrzeżeń w tym zakresie w SWZ, zaś postanowienia dotyczące kosztów wycenionej usługi turystycznej odnoszą się jedynie do tego co ma zawierać (Rozdz. XVI SWZ). W konsekwencji, biorąc pod uwagę specyfikę zamówienia, jak i okoliczność, że usługa realizowana na rzecz Zamawiającego będzie rozciągnięta w czasie (czemu Odwoływający nie przeczył na rozprawie), a na potrzeby realizacji usługi turystycznej na rzecz Zamawiającego (zgodnie z zakresem czynności wskazanym w wyjaśnieniach) Przystępujący założył, że osoba niepełnosprawna, całość realizacji będzie wynosiła 59 godzin na jeden wyjazd, Izba nie widzi formalnych przeszkód aby taka osoba realizowała inne czynności w ramach swojego pełnego zatrudnienia. Izba w tym zakresie

przyjęła stanowisko wyrażone w wyroku KIO z 17.01.2022 r., sygn. akt: KIO 3786/21. W efekcie kwota dofinansowania z PEFRON-u biorąc pod uwagę wykonywanie czynności na rzecz Zamawiającego przez 59 godzin (czyli 1/3 etatu) jest wystarczająca. Jednocześnie, Izba wskazuje, że mimo, iż niewątpliwie Zamawiający powinien bazować przy ocenie wyjaśnień, zawsze na ich treści, nie może zupełnie ignorować wiedzy własnej, uzyskanej chociażby przy wcześniejszych tego typu postępowaniach. W ocenie Izby, Zamawiający w tym stanie faktycznym, nie przekroczył granicy i nie oparł się na domysłach i własnych założeniach, co byłoby niedopuszczalne. Stanowisko Zamawiającego ma swoje odzwierciedlenie w złożonych wyjaśnieniach.

Izba także wskazuje, że wyjaśnienia Przystępującego są niewątpliwie bardziej treściwe i konkretne, niż wyjaśnienia Odwołującego udzielone w innym postępowaniu, a złożone przez Zamawiającego jako dowód na rozprawie.

Dodatkowo, Izba podkreśla, że nie brała pod uwagę nowych okoliczności przywołanych przez Przystępującego w piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu takich, jak Tarcza Finansowa 2.0, czy też prowizję uzyskiwane z realizacji poszczególnych zleceń od Zamawiającego otrzymanych przez Przystępującego, te zlecenia będą rozliczane niezależnie.

Izba także dostrzegła, że wyjaśnienia zawierają elementy dotyczące rozwiązań technicznych (systemy do rezerwacji usług hotelowych, transportowych), doświadczenie w zakresie organizacji wyjazdów, a niektóre jej elementy mogą dotyczyć usługi logistyki (rozliczanej odrębnie).

Z uwagi na powyższe, Izba uznała także, jako niejako konsekwencje stanowiska wyrażonego przy rozpoznawaniu zarzutu pierwszego, że niezasadny jest także zarzut drugi. Specyfika zamówienia, brak zastrzeżenia wyłączności zatrudnienia koordynatora na potrzeby jedynie Zamawiającego, rozciągnięcie w czasie realizacji poszczególnych etapów usługi turystycznej, brak szczegółowych postanowień SWX regulujących sposób wyceny kosztów związanych z usługą turystyczna nie daje podstawy do uznania, że osoba zatrudniona nie może realizować równoległe z czynnościami na rzecz Zamawiającego innych czynności pracownika. Przy takiej specyfice, Izba nie może uznać, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy, złożenie oferty miało miejsce w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Nie mamy tutaj do czynienia z przerzucaniem części kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia do kosztów realizacji innych umów w takim rozumieniu, jakie nadaje temu Odwołujący, w tym zamówieniu są inne warunki, które nie pozwalają na taka prosta tezę.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu trzeciego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W tym zakresie, Izba przyjmując specyficzną konstrukcję zamówienia, opisana w SWZ oraz przy rozpatrywaniu wcześniejszych zarzutów, należy uznać, że Zamawiający nie miał obowiązku do wezwania w zakresie wyjaśnienia ceny rażąco niskiej UpHotel sp. z o.o. Przy czym, jeśli Zamawiający chce być konsekwentny na przyszłość, to powinien w okolicznościach podobnych do opisanych przy zarzucie pierwszym, takie wezwanie wystosować. Nadto, winien pamiętać, że istnieje instytucja dopytania w zakresie wyjaśnienia ceny rażąco niskiej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....