

Sygn. akt: KIO 432/18

WYROK
z dnia 22 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Członkowie: Emil Kawa
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 marca 2018 r. przez wykonawcę **WhyNotTravel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Kielnarowej, Tyczyn** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo spółka akcyjna w Warszawie**, działającego w imieniu i na rzecz: **Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa spółki akcyjnej w Warszawie, PGNiG Technologie spółki akcyjnej w Krośnie, PGNiG Termika spółki akcyjnej w Warszawie, Polskiej Spółki Gazownictwa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Biura Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT spółki akcyjnej we Wrocławiu, Exalo Drilling spółki akcyjnej w Pile, Geofizyki Toruń spółki akcyjnej w Toruniu, GEOVITA spółki akcyjnej w Warszawie, GAS Storage Poland spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Dębogórz, PGNiG Obrót Detaliczny spółka z ograniczoną odpowiedzialnością akcyjnej w Warszawie, PGNiG Serwis spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie**

przy udziale zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **eTravel spółka akcyjna w Warszawie, Bankowe Biuro Podróży Travelbank spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie;**
- B. wykonawcy **Polskie Linie Lotnicze LOT spółka akcyjna w Warszawie**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **WhyNotTravel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Kielnarowej, Tyczyn**:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **WhyNotTravel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Kielnarowej, Tyczyn** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **WhyNotTravel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Kielnarowej, Tyczyn** na rzecz zamawiającego - **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo spółki akcyjnej w Warszawie**, kwotę 4 539,04 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset trzydzieści dziewięć złotych, cztery grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

I. Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo spółka akcyjna w Warszawie, działające w imieniu i na rzecz: Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa spółki akcyjnej w Warszawie, PGNiG Technologie spółki akcyjnej w Krośnie, PGNiG Termika spółki akcyjnej w Warszawie, Polskiej Spółki Gazownictwa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Biura Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT spółki akcyjnej we Wrocławiu, Exalo Drilling spółki akcyjnej w Pile, Geofizyki Toruń spółki akcyjnej w Toruniu, GEOVITA spółki akcyjnej w Warszawie, GAS Storage Poland spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Dębogórzcu, PGNiG Obrót Detaliczny spółka z ograniczoną odpowiedzialnością akcyjnej w Warszawie, PGNiG Serwis spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest kompleksowa obsługa podróży służbowych krajowych i zagranicznych dla Spółek.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 listopada 2017 r., poz. 2017/S 213-443470. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579; dalej: Prawo zamówień publicznych albo ustawa Pzp).

W dniu 5 marca 2018 r. wykonawca WhyNotTravel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Kielnarowej, Tyczyn (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. Art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 22a ust. 1 i 2, poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy LOT z postępowania pomimo, iż Wykonawca LOT, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza nie wykazał samodzielnie spełniania warunków udziału w Postępowaniu, a powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego zostało dokonane niezgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp; ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia, wyjaśnienia lub poprawienia dokumentów w zakresie spełniania warunków udziału w Postępowaniu, gdyby Izba uznała, iż oferta LOT nie podlega odrzuceniu z innych przyczyn;

2. Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty Wykonawcy LOT oraz Wykonawcy eTravel w zakresie finansowania ze źródeł zewnętrznych;

3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w tym w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert LOT oraz eTravel pomimo, iż oferty te są niezgodne z treścią SIWZ, gdyż Wykonawcy będą finansowali realizację zamówienia ze źródeł zewnętrznych, w taki sposób, w jaki zakazano w Postępowaniu, a także, ze względu na fakt, iż ceny oferty ww. Wykonawców nie zawierają wszystkich składników ceny i nie gwarantują wykonania zamówienia w sposób wymagany przez Zamawiającego;

4. Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. w tym w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawcy eTravel oraz Wykonawcy LOT pomimo, iż ww. Wykonawcy przyznali, iż przynajmniej niektóre składniki ceny oferty przedstawionych w Postępowaniu przez ww. Wykonawców nie zawierają wszystkich składników ceny, a Wykonawca LOT wprost wskazał, iż ma zamiar pokryć straty z realizacji umowy ze środków własnych, czyli ww. Wykonawcy dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji wynikającego zarówno z art. 3 ust. 1 U.Z.N.K. (manipulacja ceną) oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. w rozumieniu przyjętym przez Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu.

5. Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenie oferty eTravel oraz LOT pomimo iż oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; Ewentualnie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy pojawiają się uzasadnione wątpliwości, iż przynajmniej część składników ceny mających wpływ na cenę zamówienia w ofertach Wykonawców eTravel oraz LOT została zaniżona do nierealnego poziomu, gdyby Izba uznała, iż Wykonawcy nie mieli obowiązku przedstawienia odpowiedniej kalkulacji i dowodów dotyczących całości przedmiotu zamówienia na podstawie wystosowanych wezwań na podstawie argumentacji przedstawionej do zarzutów VI i VIII.

6. Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w tym w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy LOT, pomimo że Wykonawca nie udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. oraz oferty Wykonawcy eTravel, z uwagi na fakt, iż przedstawione wyjaśnienia są ogólne, nie zawierają dowodów i w istocie potwierdzają, iż oferta jest obarczona wadą rażąco niskiej ceny. Jednocześnie, w przypadku gdyby zdaniem Izby należało dopuścić ponowne wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty PLL LOT z uwagi na fakt, iż wyjaśnienia te potwierdzają obarczenie oferty LOT wadą rażąco niskiej ceny.

7. Art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, podczas gdy przy równym traktowaniu Wykonawców oraz zastosowaniu jednolitego sposobu oceny wszystkich ofert oraz pism złożonych w Postępowaniu Zamawiający zobowiązany był do unieważnienia Postępowania ze względu na konieczność odrzucenia wszystkich ofert w Postępowaniu zgodnie z argumentacją przedstawioną w niniejszym odwołaniu oraz dokumentacją Postępowania, oraz wszystkich innych przepisów prawa, których naruszenie wynika z treści niniejszego odwołania.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 22a ust. 1 i 2, gdyż Wykonawca LOT nie wykazał samodzielnie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, a powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego zostało dokonane niezgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp

Zgodnie z pkt 6.1.2.3. SIWZ „O udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają zdolności techniczne i zawodowe, tj.: Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w okresie prowadzenia działalności) wykonał należycie co najmniej 2 (dwa) zamówienia, polegające na obsłudze podróży służbowych dla jednostki zatrudniającej co najmniej 500 osób o wartości co najmniej 2.000.000, - PIN (słownie: dwa miliony złotych 00/100) brutto każde. Jeżeli usługa wykazywana na potwierdzenie spełnienia warunku jest usługą, którą Wykonawca wykonuje nadal (nie jest zakończona), to do upływu terminu składania ofert w ramach wykonywanej usługi wartość zrealizowanych usług dot. organizacji wyjazdów służbowych (jw.) w ramach każdego z wykonywanych zamówień musi wynosić co najmniej 2.000.000,00 PLN (słownie: dwa miliony złotych 00/100) brutto każde.”

Wykonawca LOT w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia przedstawił wyłącznie jedną usługę. W części IV C) pkt lb) wskazano usługę, wykonaną na rzecz Komendy Głównej Policji. Więcej usług w JEDZ LOT nie wskazano.

Ponadto, LOT złożył JEDZ dotyczący podwykonawcy - LOT Travel sp. z o.o. W tym dokumencie wskazano usługę Wykonaną na rzecz Polskiego Komitetu Olimpijskiego. Jednakże LOT nie wykazał, iż może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotu LOT Travel sp. z o.o. Co prawda, do oferty złożono pismo zatytułowane Zobowiązanie do oddania niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, LOT Travel

sp. z o.o., jednak dokument ten nie nadaje się do zastosowania w Postępowaniu, w szczególności ze względu, iż:

1. Nie wskazano w nim konkretnego zamówienia;
2. Nie wskazano, iż udostępnienie dotyczy potencjału technicznego i zawodowego oraz nie sprecyzowano potencjału;
3. Zobowiązanie oparto o ustawę w brzmieniu z 2013 r. i o przepis art. 26 ust. 2b, który to przepis nie znajdzie zastosowania do niniejszego Postępowania;

4. Wydanie takiego dokumentu przekracza zakres upoważnienia przewidziany w Pełnomocnictwie udzielonym dla Pana Wiesława Muchy w imieniu LOT Travel sp. z o.o.. Innymi słowy do czynności szczególnej, jaką niewątpliwie jest oddanie do dysponowania podmiotowi trzeciemu zasobów przedsiębiorstwa, złożono dokument generyczny i nieaktualny, oparty na ogólnym pełnomocnictwie do uczestniczenia w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem podwykonawca nie jest uczestnikiem postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, a zobowiązanie podmiotu trzeciego tym bardziej nie jest dokumentem składanym przez podwykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyby Izba uznała, iż oferta LOT nie podlega odrzuceniu z innych przyczyn.

Bezpośrednio z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika zastrzeżenie, iż nie znajdzie on zastosowania w sytuacji, w której „mimo złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.” Tak więc, zarzut ten jest zarzutem ewentualnym, ze względu na fakt, iż zdaniem Odwołującego nawet pomimo uzupełnienia dokumentów oferta LOT podlega odrzuceniu. Argumentacja merytoryczna jak w zarzucie poprzedzającym.

Zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty Wykonawcy LOT oraz Wykonawcy eTravel w zakresie finansowania ze źródeł zewnętrznych oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w tym w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert LOT oraz eTravel pomimo, iż oferty te są niezgodne z treścią SIWZ, gdyż Wykonawcy będą finansowali realizację zamówienia ze źródeł zewnętrznych, w taki sposób, w jaki zakazano w Postępowaniu, a także, ze względu na fakt, iż ceny oferty ww. Wykonawców nie zawierają wszystkich składników ceny.

Zamawiający w pkt 14.1 SIWZ wprowadził zakaz finansowania się Wykonawcy z innych źródeł podczas realizacji zamówienia oraz nakazał, aby cena oferty zawierała wszystkie elementy kosztotwórcze:

Zamawiający wymaga, aby jedynym wynagrodzeniem Wykonawcy z tytułu realizacji Umowy było wynagrodzenie w rozumieniu § 4 ust 1 lit b) projektu Umowy tj. suma cen (wartości opłat transakcyjnych] wynikających ze złożonej oferty i obliczonych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ i projekcie Umowy. Zamawiający nie przewiduje możliwości finansowania się Wykonawcy z innych źródeł, z tytułu realizacji przez niego Umowy. W szczególności Zamawiający nie dopuszcza możliwości takiego finansowania z dodatkowych rabatów uzyskiwanych przez Wykonawców od Realizatorów w stosunku do cen oferowanych usług. Podstawą do określenia ceny oferty jest pełen zakres zamówienia określony w SIWZ tj. kompleksowa obsługa podróży służbowych krajowych i zagranicznych zlecanych przez spółki Grupy Kapitałowej PGNiG, polegająca m.in. na zapewnieniu (w szczególności wyszukaniu połączeń, rezerwacji, zakupie i dostarczeniu] biletów lotniczych i kolejowych, wraz z polisami ubezpieczeniowymi oraz usług dodatkowych niezbędnych do prawidłowego przebiegu krajowych i zagranicznych podróży służbowych; rezerwacja pokoi hotelowych w kraju i zagranicą o określonym standardzie; pośrednictwo w wynajmie samochodów z kierowcą lub bez; pośrednictwo w formalnościach wizowych. W celu umożliwienia należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę, oferowana przez niego cena musi uwzględniać wszystkie elementy i czynniki kosztotwórcze wpływające na jej wysokość. W cenie oferty nie uwzględnia się cen biletów, noclegów, wiz i opłat konsularnych, ubezpieczeń oraz wynajmu sal konferencyjnych lub samochodów.

Z kolei Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu orzeczenia wydanego w sprawie o sygn. akt 132/18 stwierdziła, iż „Zamawiający wprost wyeliminował możliwość finansowania się wykonawcy z innych źródeł z tytułu realizacji umowy i nie dopuścił możliwości finansowania z dodatkowych rabatów uzyskiwanych przez wykonawców od realizatorów w stosunku do oferowanych usług.”.

Zdaniem Zamawiającego wprowadzony zakaz ma służyć ochronie przed sytuacją, w której interes Zamawiającego jest stawiany poniżej interesów „realizatora”.

Należy również zauważyć, iż przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp implikuje konieczność takiego samego intepretowania zapisów Specyfikacji wobec wszystkich uczestników Postępowania. Tak więc, zakaz finansowania się wykonawcy z innych źródeł obowiązuje w równym stopniu wszystkich wykonawców w Postępowaniu.

Tymczasem, w przypadku uzyskania zamówienia, Wykonawca eTravel będzie finansował się z innych źródeł, z tytułu realizacji zamówienia. Umowy, które Wykonawca eTravel posiada podpisane z innymi podmiotami powodują, iż Wykonawca ten otrzyma zagwarantowane w umowach kwoty w przypadku realizacji segmentów (połączeń pomiędzy dwoma portami lotniczymi). Rozliczenia te przebiegają automatycznie w oparciu o indywidualny numer podmiotu zarejestrowany w danym systemie GDS. Wykonawca eTravel

nie ma możliwości zrezygnowania z takich dopłat. Ponadto Wykonawca eTravel powołuje się na finansowanie realizacji umowy ze źródeł zewnętrznych w swoich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Finansowanie ze źródeł zewnętrznych, podczas kalkulowania ceny oferty przewidział również Wykonawca LOT. Zdaniem Odwołującego, zakaz finansowania się Wykonawcy ze źródeł zewnętrznych podczas realizacji zamówienia należy rozumieć również jako zakaz udziału „realizatorów” tych usług w Postępowaniu. Skoro zabronione jest finansowanie wykonania zamówienia z dopłat od podmiotów realizujących usługi to Wykonawca składający ofertę w Postępowaniu tym bardziej sam wykonawca nie może realizować takich usług w celu osiągnięcia z nich zysku. Zarobek na umowie przewozu lub wykonaniu rezerwacji hotelowej z pewnością stanowi nieuzasadnioną przewagę w Postępowaniu. Ewentualnie, można by rozważyć sytuację, w której realizator oddaje sprzedaż usług, które realizuje Podwykonawcy - co prawda taki Wykonawca dalej dysponowałby nieuzasadnioną przewagą rynkową ale przynajmniej, chociaż w jakimś stopniu starałby się uczynić zadość wymaganiom Zamawiającego. Jednakże, Wykonawca LOT wprost wskazał w formularzu oferty zakres podwykonawstwa, który nie obejmuje wyszukiwania połączeń ani sprzedaży biletów Wykonawcy LOT. W zakresie braku wszystkich składników ceny, który to argument dodatkowo potwierdza, iż podczas kalkulowania ceny oferty Wykonawcy LOT oraz eTravel zakładali finansowanie ze źródeł zewnętrznych, uzasadnienie zarzutu znajduje się wraz z uzasadnieniem zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK w tym w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawcy eTravel oraz Wykonawcy LOT pomimo, iż ww. Wykonawcy przyznali, iż przynajmniej niektóre składniki ceny oferty przedstawionych w Postępowaniu przez ww. Wykonawców nie zawierają wszystkich składników ceny, a Wykonawca LOT wprost wskazał, iż ma zamiar pokryć straty z realizacji umowy ze środków własnych, czyli ww. Wykonawcy dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji wynikającego zarówno z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (manipulacja ceną) oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. w rozumieniu przyjętym przez Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu.

W kontekście zaoferowania przez Wykonawcę eTravel oraz LOT cen (opłat transakcyjnych) za ww. usługi zdecydowanie poniżej kosztów ich świadczenia, działanie takie należy uznać za działanie, które nakierowane było na eliminację pozostałych rywalizujących o uzyskanie tego zamówienia wykonawców, będących przedsiębiorcami.

Tego typu zachowanie wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług

poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Tymczasem zarówno Wykonawca eTravel, jak i Wykonawca LOT przyznali, iż przynajmniej zakładają możliwość sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia w niniejszym Postępowaniu.

Zaprezentowane powyżej stanowisko potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Dla przykładu można wskazać na wyrok KIO z dnia 02 lipca 2013 r. (KIO 1515/13) (LEX nr 1380660), w którym KIO stwierdziła m, in., że:

„W konsekwencji przyjęcia, iż oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k. Wobec przyjęcia, że oferta wykonawcy zawiera cenę rażąco niską, nie budzi wątpliwości fakt, iż oferta stanowi sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, a zatem wypełnia dyspozycję art 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.”

Zamawiający w pkt 15.2 SIWZ określił, że za najkorzystniejszą uważa się ofertę z najwyższą oceną punktową wyliczoną według przygotowanego przez Zamawiającego wzoru. Mając na uwadze zróżnicowany charakter wolumenów w ramach przedmiotu zamówienia Zamawiający określił kryteria oceny ofert z różnymi wagami dla poszczególnych usług, dla których przewidziano odrębne wynagrodzenie. Suma punktów (nie cen) obliczona zgodnie z SIWZ za zaoferowane ceny stanowić miała podstawę do wyboru najkorzystniejszej oferty.

W odniesieniu do powyższego, wskazać należy, że kalkulacja cen za poszczególne opłaty transakcyjne w oparciu o łączny wolumen zamówienia, tzn. zaniżenie opłat transakcyjnych w poszczególnych pozycjach stanowi działanie polegające na niedopuszczalnym przeniesieniu kosztów poszczególnych usług do wartości opłaty transakcyjnej za wykonanie pozostałych usług. Za równie niedopuszczalne należy uznać przeniesienie kosztów realizacji zamówienia na rzecz przychodów osiąganych przez Wykonawcę na podstawie innych umów lub za inne czynności (np. za wykonanie umowy przewozu).

Zgodnie bowiem z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W opisanym w tym przepisie zachowanie wpisuje się zachowanie polegające na manipulowaniu cenami, polegające w tym przypadku na tym, że Wykonawca celowo zaoferował wartości opłat transakcyjnych w niektórych pozycjach formularza oferty poniżej realnych kosztów wykonania czynności obsługi podróży służbowych krajowych i zagranicznych Zamawiającego, zaś finansowanie realizacji umowy ma zamiar pokryć z innych źródeł, np. z niedopuszczanych przez Zamawiającego umów zewnętrznych, a nie bezpośrednio z realizacji umowy.

W kwestii „manipulowania” cenami wielokrotnie wypowiadała się również Krajowa Izba Odwoławcza. W wyroku z dnia 19 kwietnia 2013 r, (KIC 791/13) (LEX nr 1315336), KIO stwierdziła m.in., że: „Przenoszenie wartości, które winny być przypisane konkretnej pozycji kosztorysowej do innej pozycji może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności wskazany w klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 u.z.n,k”. W wyroku z dnia 22 lipca 2015 r. (KIO 1457/15) (LEX nr 1821163), KIO stwierdziła m.in., że: „Istotnie, można mówić w konkretnej sytuacji o działaniu stanowiącym przejaw czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy wykonawca ustala ceny jednostkowe w oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, a ceny te mają charakter samodzielnych cen (służą np. do ustalenia wynagrodzenia kosztorysowego) albo podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert.”

Zaoferowanie przez Wykonawcę LOT oraz Wykonawcę eTravel zaniżonych cen we wszystkich badanych przez Zamawiającego pozycjach jest czynnością wyłącznie techniczną, wykorzystującą dane przedstawione przez Zamawiającego w OPZ, jedynie w celu uzyskania wysokiej oceny punktowej. Wykonawca eTravel oraz Wykonawca LOT w sposób zamierzony każdy z nich skonstruował ofertę w taki sposób, aby znaczącą część kosztów realizacji poszczególnych usług pokryć ze źródeł zewnętrznych. Dodatkowo potwierdza to fakt, że w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Wykonawca eTravel wprost wskazał, iż część kosztów realizacji zamówienia ma zamiar pokryć ze źródeł zewnętrznych, a Wykonawca LOT wskazał m.in., iż zakłada pokrycie straty z realizacji niniejszej umowy ze środków własnych.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenie oferty eTravel S.A. oraz LOT pomimo iż zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Po przemnożeniu zaproponowanych w ofercie Wykonawcy stawek opłat transakcyjnych poprzez podany przez Zamawiającego zakres zamówienia suma wpływów wynikająca z oferty eTravel wynosi: 200 552,73 zł.

I.p.	Przedmiot	Ilość	Kwota	Suma
	wystawienie jednego biletu lotniczego na trasie typu			
1	krajowego	513	3,69	1892,97
	wystawienie jednego biletu lotniczego na trasie europejskiej			
2	wraz z ubezpieczeniem turystycznym	1417	3,69	5228,73
	wystawienie jednego biletu lotniczego trans kontynentalnego wraz z			
3	ubezpieczeniem turystycznym	1000	3,69	3690
	wystawienie jednego biletu kolejowego krajowego lub			
4	zagranicznego	18585	6,15	114297,75
	dokonanie jednej rezerwacji hotelowej krajowej lub			
5	zagranicznej	17102	3,69	63106,38

6 rezerwacja usługi czarteru małego samolotu	3	98,4	295,2
7 rezerwacja samochodu z kierowcą lub bez w kraju i zagranicą	2730	3,69	10073,7
8 rezerwacja sal konferencyjnych na spotkania biznesowe VIP	5	98,4	492
9 pośrednictwo wizowe	15	98,4	1476
Suma		200552,73	

Natomiast suma wpływów wynikająca z oferty Wykonawcy PLL LOT S.A. wynosi jedynie: 184 909,00 zł.

t.p.	Przedmiot	Ilość	Kwota	Suma
1	wystawienie jednego biletu lotniczego na trasie typu krajowego	513	4,5	2308,5
2	wystawienie jednego biletu lotniczego na trasie europejskiej wraz z ubezpieczeniem turystycznym	1417	3,5	4959,5
3	wystawienie jednego biletu lotniczego transkontynentalnego wraz z ubezpieczeniem turystycznym	1000	3,5	3500
4	wystawienie jednego biletu kolejowego krajowego lub zagranicznego	18585	4	74340
5	dokonanie jednej rezerwacji hotelowej krajowej lub zagranicznej	17102	5	85510
6	rezerwacja usługi czarteru małego samolotu	3	12	36
7	rezerwacja samochodu z kierowcą lub bez w kraju i zagranicą	2730	5	13650
8	rezerwacja sal konferencyjnych na spotkania biznesowe VIP	5	85	425
9	pośrednictwo wizowe	15	12	180
	Suma			184909,00

Jak wskazano w pkt 25 OPZ Wykonawca w celu realizacji niniejszego zamówienia zobowiązany był do wyznaczenia: „co najmniej czterech pracowników w charakterze dedykowanego konsultanta”. Słowo „dedykowany” w znaczeniu użytym przez Zamawiającego jest słowem pochodzącym z języka angielskiego i rozszerza znaczenie w pełni już spolonizowanego słowa „zadedykować”. Nie zmienia to jednak podstawowego znaczenia słowa „dedykować”, którego synonimem jest słowo „poświęcać”. Tak więc, Wykonawca podczas realizacji umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia Postępowania będzie zobowiązany do „poświęcenia” na rzecz Zamawiającego czterech pracowników, czyli przypisania ich na wyłączność do realizacji tejże umowy.

Konieczność przypisania czterech pracowników pracujących na pełny etat do realizacji umowy zawartej w wyniku Postępowania wynika również z innych zapisów dokumentacji

Postępowania. Skoro Zamawiający wymaga „wydzielenia co najmniej sześciu linii telefonicznych do kontaktu z pracownikami Zamawiającego, w tym co najmniej czterech linii ogólnych w celu dokonania rezerwacji, zakupu i dostarczenia wszystkich typów usług niezbędnych do realizacji podróży służbowej dla pracowników- czynnej w dni robocze w godzinach pracy biura” to przynajmniej czterech dedykowanych pracowników musi wydzielone linie obsługiwać. Ponadto zapis o ilości linii i pracowników znajduje się w jednym punkcie OPZ w jasny sposób wskazując, iż Zamawiający miał na celu powiązanie ze sobą liczby pracowników oraz liczby linii telefonicznych.

Zgodnie z pkt 24 OPZ Zamawiający wymagał zatrudnienia odpowiedniej liczby osób do obsługi Zamówienia. Zdaniem Odwołującego niniejszego Zamówienia nie da się wykonać nie dedykując do jego wykonania czterech pracowników na pełen etat, co wprost wynika z dokumentacji Postępowania (jego zakres oraz opis).

Tak więc same koszty pracy podczas realizacji niniejszego zamówienia wynoszą minimalnie: 364 724,64, czyli mniej niż przewidywane wpływy z realizacji umowy przez Wykonawców eTravel oraz LOT.

Jednocześnie niezależnie, czy jako cenę w Postępowaniu rozumiemy sumę składników ceny (zgodnie z ustawą Pzp), czy też tak jak Izba wskazała w orzeczeniu o sygn. akt KIO 132/18 uznamy, iż cenę stanowi każdy z jej składników to jeżeli suma składników jest zaniżona to jednocześnie zaniżony musi być przynajmniej jeden z jej składników. Wynika to z najprostszych i najbardziej podstawowych zasad algebry dotyczących dodawania i odejmowania, (jeżeli: $a+b=c$; to: $c-b=a$).

Naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w tym w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy LOT, pomimo że Wykonawca nie udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. oraz oferty Wykonawcy eTravel, z uwagi na fakt, iż przedstawione wyjaśnienia są ogólne, nie zawierają dowodów i w istocie potwierdzają, iż oferta jest obciążona wadą rażąco niskiej ceny. Jednocześnie, w przypadku gdyby zdaniem Izby należało dopuścić ponowne wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty PLL LOT z uwagi na fakt, iż wyjaśnienia te potwierdzają obciążenie oferty LOT wadą rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z treścią art, 90 ust 1 PZP, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

W związku z powzięciem wątpliwości odnośnie zaoferowanych w ofercie złożonej przez LOT w trzech z dziewięciu pozycji (istotnych części składowych) za realizację przedmiotu zamówienia w zakresie:

1. ceny opłaty transakcyjnej za dokonanie jednej rezerwacji hotelowej krajowej lub zagranicznej;
2. ceny opłaty transakcyjnej za rezerwację usługi czarteru małego samolotu;
3. ceny opłaty transakcyjnej za pośrednictwo wizowe lub kosztu oferty.

Wobec Wykonawcy eTravel takie wezwanie skierowano w zakresie opłaty transakcyjnej za dokonanie jednej rezerwacji hotelowej krajowej lub zagranicznej.

Żaden z wezwanych Wykonawców w odpowiedzi nie odniósł się jednak do składników ceny za realizację usług objętych przedmiotem zamówienia. W szczególności żaden z wezwanych Wykonawców nie złożył przekonujących dowodów i wyjaśnień na potwierdzenie, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Konsorcjum eTravel przedstawiło wyliczenia wprost wskazujące na fakt, iż przychody nie są w stanie pokryć kosztów realizacji umowy. Jednocześnie, w wyjaśnieniach nie przedstawiono kalkulacji kosztów, a jedynie kalkulację przychodów. Ponadto w wyjaśnieniach wprost powołano się na umowy z partnerami, które powodują obniżenie kosztów realizacji. Oznacza to, iż nie tylko podczas realizacji, ale już przy kalkulacji ceny oferty Wykonawca eTravel zakładał finansowanie ze źródeł zewnętrznych, co pozwoliło na obniżenie ceny oferty poniżej jej realnego poziomu.

Wykonawca LOT w swoich wyjaśnieniach wprost powołuje się na umowy zewnętrzne, które posiada jako Towarzystwo Lotnicze oraz na bezpośrednią realizację umowy przewozu - obie te informacje wskazują na fakt, iż LOT nie tylko podczas realizacji ale już przy kalkulacji ceny oferty zakładał finansowanie ze źródeł zewnętrznych, co pozwoliło na obniżenie ceny oferty poniżej jej realnego poziomu.

Jednocześnie, należy zauważyć, iż wyjaśnienia złożone przez LOT nie tylko są lakoniczne i nie odnoszą się do wezwania, ale Wykonawca LOT wprost zakłada, iż zaoferowana przez niego w ofercie cena jest nierealna poprzez wskazanie, iż „Odnosząc się do wysokości opłat transakcyjnych wymienionych w otrzymanym wezwaniu, w imieniu Polskich Linii Lotniczych LOT SA zapewniam o zdolności finansowej i rzetelnej realizacji zamówienia na warunkach zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu, a w przypadku konieczności przekroczenia poziomów zaoferowanych opłat, o wykorzystaniu i przeznaczeniu w tym celu środków własnych LOT, stanowiących oszczędności ze źródeł wskazanych powyżej, ze szczególnym podkreśleniem oszczędności pozyskanych z tytułu ponoszenia znacznie niższych kosztów rezerwacji i dystrybucji biletów lotniczych w przypadku bezpośredniej realizacji umowy przez LOT”. Sformułowanie to zostało podkreślone przez

Zamawiającego w kolejnym wezwaniu, podczas gdy nie stanowi ono przesłanki do kolejnego wezwania ale przeciwnie - do uznania ceny LOT za niewiarygodną.

Jednocześnie należy zauważyć, iż Zamawiający w Postępowaniu wprost uznał, iż w przypadku Wykonawcy, który nie złożył w zasadzie żadnych wyjaśnień (nie mówiąc już o przedstawieniu jakichkolwiek dowodów) co do wiarygodności i realności cen na poziomie zaoferowanym w ofercie danego Wykonawcy to taka oferta podlega odrzuceniu. Oznacza to, iż tak samo powinien ocenić ofertę Wykonawców LOT oraz eTravel, a ich oferty powinny podlegać odrzuceniu.

Należy również zauważyć, iż drugie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Wykonawcy LOT wprost potwierdzają, iż jego oferta jest obciążona wadą rażąco niskiej ceny, gdyż przy kalkulacji ceny oferty nie uwzględniono całego wynagrodzenia Wykonawcy, a jedynie czas, który pracownik musi poświęcić na realizację usługi w optymalnych warunkach. Nie uwzględniono np. odebrania pierwotnego telefonu, wyszukiwania kilku ofert, zmiany itp. Innymi słowy przyjęto nieprawidłowe założenie, iż każda usługa będzie wykonywana optymalnie, co jest niemożliwe nie tyle z winy Wykonawcy, co ze względu na zapotrzebowanie ze strony Zamawiającego.

Jednocześnie, nie każdy telefon skończy się założeniem rezerwacji hotelowej, a Wykonawca jest zobowiązany prowadzić stały dyżur telefoniczny w celu przyjmowania rezerwacji hotelowych. Ponadto pracownikowi na umowę o pracę standardowo przysługuje wynagrodzenie nie tylko za zrealizowane usługi, ale 8h dziennie codziennie. Jako, że ilość rezerwacji hotelowych to prawie połowa wszystkich rezerwacji, których dokona Zamawiający w niniejszym postępowaniu to Wykonawca był zobowiązany odpowiednią część kosztów realizacji zamówienia przypisać do tej usługi - zdaniem Zamawiającego, koszty stałe należało przydzielić do odpowiednich usług, a nie można było przenieść ich do innej pozycji w tabeli, co wprost LOT uczynił.

Ponadto Wykonawca LOT nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących na zakres wynagrodzeń w jego Przedsiębiorstwie oraz Przedsiębiorstwie podwykonawcy. Przeciwnie, w ogóle pominął fakt, iż część połączeń lotniczych będzie sprzedawał za pośrednictwem Podwykonawcy.

Należy również zauważyć, iż pomimo dwukrotnego wzywania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, przedstawiane przez LOT wyjaśnienia rażąco niskiej ceny cechuje tak niska wiarygodność, iż Zamawiający był zmuszony do wezwania w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawcy LOT do przedstawienia oświadczenia, iż cena oferty LOT zawiera wszystkie składniki niezbędne do realizacji zamówienia. Odwołujący zauważał, iż tego typu okoliczność, w sytuacji normalnej wynika z samej oferty lub ewentualnie z wyjaśnień udzielonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponownego zbadania i oceny oferty Wykonawców LOT oraz eTravel oraz odrzucenia ofert Wykonawców LOT oraz eTravel.

Zamawiający uwzględnił jeden z zarzutów podniesionych w odwołaniu, a mianowicie zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, w odniesieniu do zobowiązania podmiotu trzeciego i pełnomocnictwa wykonawcy LOT.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: eTravel spółka akcyjna w Warszawie, Bankowe Biuro Podróży Travelbank spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie;

B. wykonawcy Polskie Linie Lotnicze LOT spółka akcyjna w Warszawie

(dalej: Przystępujący).

Nie wniesiono sprzeciwu od uwzględnienia przez Zamawiającego jednego z zarzutów odwołania. W konsekwencji Izba rozpatrywała odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Izba z urzędu jako dowód w sprawie dopuściła dokumentację postępowania sygn. akt KIO 132/18. Na tej podstawie Izba ustaliła, że wyrokiem z dnia 5 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 132/18 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie Odwołującego, tym samym uznając, że jego oferta została prawidłowo przez Zamawiającego odrzucona z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, m.in. z powodu rażąco niskiej ceny. Odwołujący na posiedzeniu w niniejszej sprawie twierdził, że zaskarżył ten wyrok, a więc nadal jest wykonawcą w postępowaniu. Odwołujący w odwołaniu, rozpatrywanym w niniejszej sprawie, kwestionuje oferty droższe od złożonej przez siebie oferty. W takich okolicznościach interes Odwołującego jest wątpliwy – jednak biorąc pod uwagę, że na skutek ewentualnego wyroku sądowego oferta Odwołującego może zostać przywrócona do postępowania, Izba uznała, że Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma szeroko rozumiany interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie należy oddalić.

Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 22a ust. 1 i 2, gdyż Wykonawca LOT nie wykazał samodzielnie spełniania warunków udziału w Postępowaniu, a powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego zostało dokonane niezgodnie z obowiązującymi przepisami Prawa zamówień publicznych oraz naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyby Izba uznała, iż oferta LOT nie podlega odrzuceniu z innych przyczyn.

Izba nie rozpatrywała tak sformułowanych zarzutów, ponieważ Zamawiający uwzględnił zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i zapowiedział wezwanie wykonawcy LOT do uzupełnienia dokumentów (Przystępujący LOT nie wniósł sprzeciwu). W konsekwencji zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych oraz art. 22a ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych stał się przedwczesny.

Gdyby zarzuty te były samodzielną podstawą odwołania, wobec oświadczeń Zamawiającego i Przystępującego LOT, postępowanie odwoławcze podlegałoby umorzeniu. Dlatego Izba rozpatrywała odwołanie w pozostałym zakresie.

Zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty Wykonawcy LOT oraz Wykonawcy eTravel w zakresie finansowania ze źródeł zewnętrznych oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w tym w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert LOT oraz eTravel pomimo, iż oferty te są niezgodne z treścią SIWZ, gdyż Wykonawcy będą finansowali realizację zamówienia ze źródeł zewnętrznych, w taki sposób, w jaki zakazano w Postępowaniu, a także, ze względu na fakt, iż ceny oferty ww. Wykonawców nie zawierają wszystkich składników ceny.

Nie budziło wątpliwości, że w uzasadnieniu wyroku sygn. akt KIO 132/18 Izba stwierdziła, iż „Zamawiający wprost wyeliminował możliwość finansowania się wykonawcy z innych źródeł z tytułu realizacji umowy i nie dopuścił możliwości finansowania z dodatkowych rabatów uzyskiwanych przez wykonawców od realizatorów w stosunku do oferowanych usług”. Zdaniem Odwołującego obaj Przystępujący powinni być wezwaniu do wyjaśnień, ponieważ będą oni realizowali umowę ze źródeł zewnętrznych, a ponadto ceny ich ofert nie zawierają wszystkich składników ceny.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił swoich twierdzeń, że z oświadczeń Przystępujących mogą wynikać wątpliwości co do źródła finansowania i zawarcia w cenie wszystkich składników. Odwołujący podawał w odwołaniu, że

„Wykonawca eTravel nie ma możliwości zrezygnowania z takich dopłat. Ponadto Wykonawca eTravel powołuje się na finansowanie realizacji umowy ze źródeł zewnętrznych w swoich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.”. Takich argumentów nie poparł jednak żadnymi dowodami, nie wskazał, w którym miejscu wyjaśnień z dnia 15 stycznia 2018 r. złożonych przez Przystępującego e-Travel miałyby wynikać finansowanie ze źródeł zewnętrznych

Zdaniem Odwołującego, finansowanie ze źródeł zewnętrznych, podczas kalkulowania ceny oferty przewidział również Wykonawca LOT, ponieważ, zgodnie z odwołaniem, „Skoro zabronione jest finansowanie wykonania zamówienia z dopłat od podmiotów realizujących usługi to Wykonawca składający ofertę w Postępowaniu tym bardziej sam wykonawca nie może realizować takich usług w celu osiągnięcia z nich zysku. Zarobek na umowie przewozu lub wykonaniu rezerwacji hotelowej z pewnością stanowi nieuzasadnioną przewagę w Postępowaniu”. W ocenie składu orzekającego, okoliczność, że jednak z wykonawców, którzy złożyli ofertę, jest równocześnie przewoźnikiem i może świadczyć niektóre usługi samodzielnie, jest częścią naturalnej sytuacji rynkowej, i nawet jeżeli Przystępujący LOT posiada dzięki temu pewną przewagę w możliwości oferowania niskiej ceny, to nie jest to zabronione ani przepisami Prawa zamówień publicznych, ani postanowieniami SIWZ.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK w tym w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawcy eTravel oraz Wykonawcy LOT pomimo, iż ww. Wykonawcy przyznali, iż przynajmniej niektóre składniki ceny oferty przedstawionych w Postępowaniu przez ww. Wykonawców nie zawierają wszystkich składników ceny, a Wykonawca LOT wprost wskazał, iż ma zamiar pokryć straty z realizacji umowy ze środków własnych, czyli ww. Wykonawcy dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji wynikającego zarówno z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (manipulacja ceną) oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. w rozumieniu przyjętym przez Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił podnoszonych przez siebie zarzutów.

Odwołujący w odwołaniu podnosił, że Zamawiający w pkt 15.2 SIWZ określił, że za najkorzystniejszą uważa się ofertę z najwyższą oceną punktową wyliczoną według przygotowanego przez Zamawiającego wzoru. Mając na uwadze zróżnicowany charakter wolumenów w ramach przedmiotu zamówienia Zamawiający określił kryteria oceny ofert z różnymi wagami dla poszczególnych usług, dla których przewidziano odrębne wynagrodzenie. Suma punktów (nie cen) obliczona zgodnie z SIWZ za zaoferowane ceny stanowić miała podstawę do wyboru najkorzystniejszej oferty. W odniesieniu do powyższego, Odwołujący wskazywał, że kalkulacja cen za poszczególne opłaty transakcyjne w oparciu o łączny wolumen zamówienia, tzn. zaniżenie opłat transakcyjnych w poszczególnych

pozycjach stanowi działanie polegające na niedopuszczalnym przeniesieniu kosztów poszczególnych usług do wartości opłaty transakcyjnej za wykonanie pozostałych usług. Za równie niedopuszczalne należy uznać przeniesienie kosztów realizacji zamówienia na rzecz przychodów osiągniętych przez Wykonawcę na podstawie innych umów lub za inne czynności (np. za wykonanie umowy przewozu). Odwołujący przywoływał też definicję czynu nieuczciwej konkurencji, jednak w żaden sposób nie udowodnił, że obaj Przystępujący faktycznie zaniżyli ceny.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenie oferty eTravel S.A. oraz LOT pomimo iż zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podobnie, jak w odniesieniu do pozostałych zarzutów – Izba stwierdziła, że Odwołujący nie udowodnił swoich twierdzeń. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 132/18 zapadł w tym samym postępowaniu, i potwierdził prawidłowość odrzucenia oferty Odwołującego. Skład orzekający w niniejszej sprawie musi brać pod uwagę wyrok wydany w tym samym postępowaniu, a dotyczący m.in. konstrukcji ceny. Odwołujący zaoferował cenę na poziomie jednego grosza, a Przystępujący – na poziomie kilku złotych. W takim kontekście twierdzenia Odwołującego, że pozostali wykonawcy zaoferowali rażąco niskie ceny bądź nie uwzględnili wszystkich składników ceny, nie są wiarygodne. Niezależnie od tego, że Odwołujący sam złożył ofertę z rażąco niską ceną, a zarzuca ofertom droższymi, że taką cenę zawierają, Izba uznała, że Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek przekonujących dowodów, przemawiających za podnoszonymi przez niego zarzutami.

Naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w tym w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy LOT, pomimo że Wykonawca nie udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. oraz oferty Wykonawcy eTravel, z uwagi na fakt, iż przedstawione wyjaśnienia są ogólne, nie zawierają dowodów i w istocie potwierdzają, iż oferta jest obarczona wadą rażąco niskiej ceny. Jednocześnie, w przypadku gdyby zdaniem Izby należało dopuścić ponowne wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty PLL LOT z uwagi na fakt, iż wyjaśnienia te potwierdzają obarczenie oferty LOT wadą rażąco niskiej ceny.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący nie udowodnił swoich twierdzeń. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny należy badać w kontekście wartości szacunkowej zamówienia, cen złożonych w postępowaniu, treści samych wyjaśnień i ewentualnych załączonych dowodów. Wykonawca eTravel przedstawił w wyjaśnieniach z dnia 15 stycznia 2018 r. kalkulację ceny, której Odwołujący skutecznie nie podważył. Z kolei wykonawca LOT w wyjaśnieniach z dnia

12 stycznia 2018 r. podał, że jest przewoźnikiem lotniczym, w związku z czym posiada możliwość obsługi bezpośredniej zamówienia (bez pośrednictwa agentów), co obniża koszty dystrybucyjne. Oświadczeń tych Odwołujący nie podważył. W konsekwencji Izba oddaliła zarzut.

Wobec powyższych okoliczności Izba nie stwierdziła, że doszło do naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych podnoszonych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....

.....