

Sygn. akt: KIO 2141/13

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 17 września 2013 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **17 września 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **06.09.2013 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsorcjum Firm: 1) WHY NOT USA Sp. z o.o., Sp.K. (Lider Konsorcjum); 2) WHY NOT Fly Sp. z o.o. (Partner)** z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: **ul. Sokoła 4a, 35-010 Rzeszów** w postępowaniu prowadzonym przez **Politechnikę Wrocławską, ul. Wybrzeże St. Wyspiańskiego 27, 50-370 Wrocław**

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
  
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Konsorcjum Firm: 1) WHY NOT USA Sp. z o.o., Sp.K. (Lider Konsorcjum); 2) WHY NOT Fly Sp. z o.o. (Partner) z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Sokoła 4a, 35-010 Rzeszów kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Kompleksowa usługa w zakresie sprzedaży biletów podróży wraz z obsługą wizową dla Politechniki Wrocławskiej” znak sprawy: AC/BZP/87/2013, zostało wszczęte przez Politechnikę Wrocławską, ul. Wybrzeże St. Wyspiańskiego 27, 50-370 Wrocław zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 111-189955 z dnia 11.06.2013 r.

W dniu 28.08.2013 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy: PAGART TOUR Sp. z o.o., ul. Piłsudskiego 46, 50-033 Wrocław zwany dalej: „PAGART TOUR Sp. z o.o.”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęło Konsorcjum Firm: 1) WHY NOT USA Sp. z o.o., Sp.K. (Lider Konsorcjum); 2) WHY NOT Fly Sp. z o.o. (Partner) z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Sokoła 4a, 35-010 Rzeszów zwane dalej: „Konsorcjum WHY” albo „Odwołującym”.

W dniu 06.09.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło odwołanie na podstawie art. 182 ust.1 pkt 1 w zw. z art. 179 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907) zwanej dalej: „Pzp”: Konsorcjum WHY na w/w czynności i zaniechania. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 05.09.2013 r. (e-mailem). Odwołanie wnosił od czynności Zamawiającego polegających na:

a) dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Pagart Tour sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, mimo iż złożona oferta zawiera rażąco niską cenę a ponadto stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a Wykonawca ten nie udowodnił, iż zaoferowana przez niego cena nie posiada takiego charakteru,

b) zaniechania prawidłowego dokonania czynności oceny i badania ofert, w tym złożonych przez Wykonawcę Pagart Tour sp. z o.o. wyjaśnień a tym samym zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3 i art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy: Pagart Tour sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, która powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji

- art. 7 i art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy: Pagart Tour sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, mimo, iż złożona przez Wykonawcę oferta zawiera

cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- art. 90 ust. 2 i 3 Pzp poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień Wykonawcy Pagart Tour sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i przyjęcie, iż w świetle złożonych przez nich wyjaśnień, zaoferowana przez nich cena nie jest ceną rażąco niską,

- art. 7 ust. 1 i 3 i art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. nr 153 poz. 1503) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy: Pagart Tour sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, mimo iż ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wnoszę o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty

- nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Wykonawcy Pagart Tour sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu z tego powodu iż zaoferowana przez niego cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia jak również złożona oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

- zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający w dniu 28.08.2013 r. doręczył Odwołującemu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty Pagart Tour sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu. Odwołujący nie zgadza się z rozstrzygnięciem Zamawiającego, które zostało podjęte w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami. Oferta uznana za najkorzystniejszą, tj. Pagart Tour sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w ocenie Odwołującego zawierają rażąco niską cenę i równocześnie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający zgodnie z treścią SIWZ XIII Opis sposobu obliczenia ceny (PKT.1) wskazał, iż: *„Opłata transakcyjna/serwisowa (brutto) za 1 bilet lotniczy /autobusowy/kolejowy/promowy oraz cena brutto za obsługę serwisową za pośrednictwo wizowe (1 wiza) musi zawierać całkowity koszt realizacji zamówienia zgodny ze wszystkimi kosztami wynikającymi z niniejszej SIWZ i załączników (tj. wszystkie elementy zamówienia zawarte w przekazanej Wykonawcom dokumentacji przetargowej, wszelkie koszty realizacji usługi, koszty materiałów, pracę osób, koszty transportu, koszty pośrednie oraz zysk, także inne wymagane koszty).*

*Ponadto w § 6 pkt. 2 wzoru umowy Zamawiający wskazał, iż „Wynagrodzenie Wykonawcy zależy od ilości faktycznie zakupionych biletów oraz zrealizowanych usług pasażerskich (wiz) w okresie obowiązywania umowy i obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy, z uwzględnieniem w szczególności rezerwacji, sprzedaży i dostarczenia biletów, a także obejmuje wszelkie podatki, dopłaty, opłaty i inne należności.”*

Zgodnie z pkt. II SIWZ Przedmiotem zamówienia jest rezerwacja, sprzedaż i dostarczenie

do siedziby Zamawiającego biletów podróжных:

- a) biletów lotniczych,
- b) biletów kolejowych,
- c) biletów autobusowych,
- d) promowych

i świadczenie usług pośrednictwa wizowego, przy realizacji zagranicznych podróży służbowych pracowników Politechniki Wrocławskiej oraz osób delegowanych i zapraszanych, na trasach europejskich i reszty świata, przez rezerwację, sprzedaż i bezpłatne dostarczanie do siedziby zamawiającego. Zamawiający w załączniku nr 2 do SIWZ szczegółowo opisał przedmiot zamówienia i sposób realizacji umowy.

Ponadto Zamawiający w XIII SIWZ Opisie sposobu obliczenia ceny (pkt.6) wskazał iż: *„cena brutto przedstawiona przez Wykonawców będzie służyła tylko do wyboru najkorzystniejszej oferty, natomiast do rozliczeń za realizację umowy stosowana będzie opłata transakcyjna/serwisowa za rezerwację, sprzedaż i dostarczenie jednego biletu lotniczego/kolejowego/autobusowego/promowego oraz cena za obsługę serwisową za pośrednictwo wizowe, a także zaoferowane upusty. Ceny biletów będą natomiast określone według najniższych taryf przewoźników, obowiązujących w dniu zakupu biletów na danej trasie. Natomiast ceny wiz wg wysokości opłat ogłaszanych przez Urzędy Konsularne w Polsce, obowiązujące w dniu wnoszenia opłaty wizowej. Zamawiający dodatkowo w formularzu kalkulacyjnym podkreślił, iż ceny jednostkowe oraz ilości biletów/wiz zostały przyjęte przez Zamawiającego, wyłącznie w celu porównania ofert w tym postępowaniu. Upusty i opłaty stanowią propozycję ofertową wykonawcy w odniesieniu do cen przewoźników.”*

Z opisu zatem przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy wynika, iż na wynagrodzenie Wykonawcy, które otrzyma on w związku z wykonaniem umowy stanowi de facto tylko opłata transakcyjna/serwisowa za wystawienie 1 biletu lub wizę, w którym to wynagrodzeniu winny być skalkulowane wszelkie koszty jakie będą się wiązały z koniecznością prawidłowej realizacji zamówienia, natomiast cena określona przez Wykonawców na podstawie formularza kalkulacyjnego ma znaczenie tylko dla wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający wskazał, jak zostało to wyżej podniesione, aby wykonawcy w swoim wynagrodzeniu zawarli wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Każda z czynności składająca się na przedmiot zamówienia, który obejmuje dostawę biletów podróжных i świadczenie usług pośrednictwa wizowego, przy realizacji podróży służbowych pracowników Zamawiającego, wiąże się z kosztami które winny być uwzględnione przez Wykonawców w ich ofertach. I tak wykonanie zakresu przedmiotowego zamówienia wymaga poniesienia m.in. kosztów pracy pracowników, którzy zobowiązani będą wyszukiwać odpowiednie połączenia i prowadzić obsługę telefoniczną,

sporządzać na rzecz zamawiającego co miesięczne raporty za sprzedane bilety, kosztów wystawienia każdego biletu, (Wykonawca już w momencie wystawienia biletu lotniczego zobowiązany jest za niego zapłacić), kosztów dostarczenia biletów do siedziby Zamawiającego- zwłaszcza w przypadku biletów kolejowych, które są w wersji papierowej, kosztów związanych z realizacją usługi zakupu wiz w postaci fizycznego wysłania paszportów do zamawiającego wraz z wizami (koszty przesyłek kurierskich), kosztów wszystkich materiałów eksploatacyjnych, mediów itd. kosztów związanych z lokalem w którym jest prowadzona działalność, kosztów użycia programów rezerwacyjnych on-line, oraz koszty infolinii, kosztów przesyłania faktur vat listem poleconym, i wielu innych.

W świetle zatem powyższego zaoferowanie przez Wykonawcę Pagart Tour sp. z o.o. w swojej ofercie, iż wykonywane na rzecz Zamawiającego usługi przez cały okres trwania umowy, tj. maksymalnie przez okres 24 miesięcy w zakresie dostawy biletów oraz świadczenie usług pośrednictwa wizowego, będą realizowane za cenę 0,01 zł brutto co w świetle przyjętej liczby biletów i wiz wynosi 31,60 zł brutto za cały okres trwania umowy wskazuje jednoznacznie na to, iż zaoferowana cena za całość zamówienia jest ceną nierealną, gdyż w żaden racjonalny sposób nie da się jej uzasadnić.

Istotny jest również fakt, iż Wykonawca ten oprócz zastosowania opłaty transakcyjnej na poziomie 0,01 zł zastosował dodatkowo upusty od cen biletów lotniczych. Konsekwencją zastosowania upustów jest konieczność sfinansowania wartości tegoż upustu przez samego Wykonawcę, gdyż zgodnie z obowiązującymi wszystkich agentów IATA zasadami (niezależnie czy Wykonawca jest agentem IATA czy też będzie korzystał w tym zakresie z podmiotu mającego status agenta IATA) ceny biletów które są kupowane od przewoźników za pomocą systemów rezerwacyjnych muszą być zgodne z ich wartością wskazaną przez przewoźnika w systemie rezerwacyjnym. Jeżeli zatem wykonawca wskazuje iż zastosuje upust oznacza to, iż musi pokryć brakującą część na rzecz przewoźnika bezpośrednio, jeżeli jest agentem IATA lub podmiotowi od którego kupuje bilety. Na podstawie złożonej oferty należy przyjąć iż wynagrodzenie tegoż Wykonawcy będzie się kształtowało w następujący sposób: Dla potrzeb kalkulacji przyjęto następujące założenia:

1. Średnia cena biletu lotniczego na trasy europejskie wynosi 2200,00 zł., planowana ilość biletów: 2000 szt.
2. Średnia cena biletu lotniczego na trasy pozaeuropejskie wynosi 3500,00 zł, planowana ilość biletów: 500 szt.
3. Średnia cena biletu kolejowego na trasy zagraniczne wynosi 650,00 zł, planowana ilość biletów: 250 szt.
4. Średnia cena biletu autokarowego zagranicznego wynosi 400,00 zł, planowana ilość biletów: 200 szt.
5. Średnia cena biletu promowego wynosi 850,00 zł, planowana ilość biletów: 10 szt.

6. Średnia cena pośrednictwa wizowego wynosi 250,00 zł, planowana ilość wiz: 200 szt.

Poszczególne zyski związane z realizacją poszczególnych usług

- Zysk z opłaty prowizyjnej za wystawienie :
  - ✓ Biletu lotniczego na trasy europejskie:  $2000 \times 0,01 \text{ zł} = 20,00 \text{ PLN}$
  - ✓ Biletu lotniczego na trasy pozaeuropejskie:  $500 \times 0,01 \text{ zł} = 5,00 \text{ PLN}$
  - ✓ Biletu kolejowego zagranicznego:  $250 \times 0,01 \text{ zł} = 2,50 \text{ PLN}$
  - ✓ Biletu autokarowego zagranicznego:  $200 \times 0,01 \text{ zł} = 2,00 \text{ PLN}$
  - ✓ Biletu promowego:  $10 \times 0,01 \text{ zł} = 0,10 \text{ PLN}$
  - ✓ Pośrednictwo wizowe:  $200 \times 0,01 \text{ zł} = 2,00 \text{ PLN}$
- Wynagrodzenie Wykonawcy przy zastosowaniu zaoferowanych upustów:
  - ✓ Upust od ceny jednostkowej biletu lotniczego na trasy europejskie:  $1,00 \% \text{ } 2200 \text{ PLN} \times 1,00 \% = 22,00 \text{ PLN}$  - koszt upustu jednego biletu  
 $22,00 \text{ PLN} \times 2000 \text{ szt.} = 44\ 000,00 \text{ PLN}$  - koszt upustów przy realizacji umowy  
 $20,00 \text{ PLN} - 44\ 000 \text{ PLN} = - 39\ 980,00$  - koszt realizacji umowy
  - ✓ Upust od ceny jednostkowej biletu lotniczego na trasy pozaeuropejskie:  $1,00 \% \text{ } 3500 \text{ PLN} \times 1,00\% = 35,00 \text{ PLN}$  - koszt upustu jednego biletu  
 $35,00 \text{ PLN} \times 500 \text{ szt.} = 17500,00 \text{ PLN}$  - koszt upustów przy realizacji umowy  
 $5,00 \text{ PLN} - 17500 = -17495,00 \text{ PLN}$  - koszt realizacji umowy
  - ✓ Upust od ceny jednostkowej biletu kolejowego zagranicznego:  $1,00 \% \text{ } 650 \text{ PLN} \times 1,00 \% = 6,50 \text{ PLN}$  - koszt upustu jednego biletu  
 $6,50 \text{ PLN} \times 250 \text{ szt.} = 1625,00 \text{ PLN}$  - koszt upustów przy realizacji umowy  
 $2,50 \text{ PLN} - 1625,00 = -1622,50 \text{ PLN}$  - koszt realizacji umowy
  - ✓ Upust od ceny jednostkowej biletu autokarowego zagranicznego:  $5,00 \% \text{ } 850 \text{ PLN} \times 0,00 \%$  (przy założeniu, że Wykonawca uzyskuje prowizję w wysokości 5,00 % od systemów rezerwacyjnych) = brak kosztu upustów  
 $2,00 \text{ PLN} - 0,00 \text{ PLN} = 2,00 \text{ PLN}$  - zysk z realizacji umowy
  - ✓ Upust od ceny jednostkowej biletu promowego:  $2,00 \% \text{ } \underline{850,00 \text{ PLN}} \times 2,00 \% = 17,00 \text{ PLN}$  - koszt upustu jednego biletu  
 $17,00 \text{ PLN} \times 10 \text{ szt.} = 170,00 \text{ PLN}$  - koszt upustów przy realizacji umowy  
 $0,10 \text{ PLN} - 170,00 \text{ PLN} = -169,90 \text{ PLN}$  - koszt realizacji umowy
  - ✓  $0,01 \text{ PLN}$  (zysk z pośrednictwa wizowego za 1 wizę) -  $30,00 \text{ PLN}$  ( uśredniony koszt dostarczenia dokumentów wizowych przy odsyłaniu paszportu do Zamawiającego) =  
 $- 29,99 \text{ PLN}$  - koszt realizacji 1 pośrednictwa wizowego  
 $- 29,99 \text{ PLN} \times 200 = - 5998,00 \text{ PLN}$  - koszt realizacji umowy

CAŁKOWITY KOSZT REALIZACJI UMOWY:

$- 39\ 980,00 + (- 17495,00 \text{ PLN}) + (- 1622,50 \text{ PLN}) + 2,00 \text{ PLN} + (-169,90 \text{ PLN}) + (- 5998,00 \text{ PLN}) = - 65\ 263,40 \text{ PLN}$

W świetle zatem powyższego nie jest możliwe właściwe wykonanie zamówienia o takiej skali jak w przedmiotowym postępowaniu, za taką wysokość wynagrodzenia, które zgodnie z wymaganiami Zamawiającego winno uwzględniać wszystkie koszty jakie wiążą się z realizacją zamówienia a nie będzie realizowane ze stratą. Wykonawca Pagart Tour sp. z o.o. w złożonych do zamawiającego wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny nie udowodnił, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską a ponadto, nie wykazał, iż korzysta on ze szczególnych czynników niedostępnych dla pozostałych Wykonawców, co zgodnie z orzecznictwem powinno być miejsce (KIO w wyroku z dnia 16.12.2011r., sygn. akt: KIO 2559/11, KIO 2573/11 KIO 2578/11 stwierdziła iż: zaoferowana cena za poszczególne elementy winna wynikać z obiektywnych czynników czy wyjątkowo sprzyjających warunków, które nie są dostępne dla innych wykonawców ubiegających się o zamówieniem). W tym miejscu należy zauważyć, iż mimo prawa Wykonawcy do swobodnego kalkulowania swojej ceny w poszczególnych pozycjach, nie wykazał on aby którakolwiek z pozycji mogła zrekompensować straty jakie zostaną poniesione z innych pozycji, dlatego iż z tytułu każdej opłaty transakcyjnej lub serwisowej zaoferował stawkę w wysokości 0,01 zł. Zgodnie z brzmieniem art. 90 Pzp z chwilą zwrócenia się do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, na tym wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca powyższego domniemania w złożonych przez siebie wyjaśnieniach nie obalił. Nie sposób przyjąć, iż twierdzenia o wieloletnim funkcjonowaniu na rynku i korzystaniu z upustów i zniżek w tym od linii lotniczych, oraz o wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia, choć nie wiadomo jakie to warunki, jest wykazaniem, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Tym samym w świetle art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, oparcie przez Zamawiającego rozstrzygnięcia o wyborze najkorzystniejszej oferty o takie wyjaśnienia, jest co najmniej nieuzasadnione. Dodatkowo Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie udowodnił Zamawiającemu, iż jego cena tj. 0,01 zł jest realna, wiarygodna, tzn., że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat (tak KIO w wyroku z dnia 16.09.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1889/10. Ponadto ogólnie wskazane przez Wykonawcę okoliczności które w jego mniemaniu uzasadniają zaoferowaną cenę, tj. zniżki, upusty, dodatkowe profity, choć również nie wiadomo od kogo przyznawane, w jakiej wysokości, z jakiego tytułu są dostępne również dla Odwołującego, który jednak w przeciwieństwie do tego Wykonawcy wycenił swoją ofertę w sposób rzetelny. Odwołujący w załączniku do niniejszego odwołania (stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa) dla porównania sposobu kalkulacji przedstawił, w jaki sposób sam z uwzględnieniem posiadanych dodatkowych prowizji od systemów rezerwacyjnych, jak również bezpośrednio od linii lotniczych kalkulował swoją ofertę, wykazując tym samym, iż nie jest możliwe aby można było zrealizować zamówienie za cenę wskazana przez



Wykonawcę Pagart Tour sp. z o.o. bez straty. Znaczenie również ma fakt, iż Odwołujący będący agentem IATA, korzysta z prowizji przyznawanych bezpośrednio od linii lotniczych, co nie jest możliwe dla podmiotów, którzy nie mają statusu agenta IATA. Agenci IATA generujący duże obroty posiadają bowiem umowy z przewoźnikami lotniczymi, na podstawie których otrzymują prowizje za osiągnięcie określonych progów sprzedażowych. Prowizje takie pozwalają na pokrywanie kosztów realizacji zamówień dla dużych zamawiających właśnie z takich prowizji a dodatkowo zakup dużej ilości biletów w tym pochodzących z danego zamówienia zwiększa wysokość należnej agentowi prowizji. Wykonawca Pagart Tour sp. z o.o. nie może przedstawić takich umów i ich de facto nie przedstawił, gdyż nie jest agentem IATA. Do w/w załącznika Odwołujący załącza umowy z liniami lotniczymi oraz z systemami rezerwacyjnymi uzasadniające sposób kalkulacji jego ceny. Przyjmując, iż Pagart Tour sp. z o.o. będzie przy realizacji zamówienia czerpał korzyści wynikające z profitów uzyskanych od systemów rezerwacyjnych, choć są to tylko domysły Odwołującego, gdyż nie zostało to przedstawione w wyjaśnieniach, to zazwyczaj prowizje takie są kształtowane na niskim poziomie, który nie może zapewnić prawidłowej realizacji zamówienia. Nie bez znaczenia jest również fakt, iż w niniejszym postępowaniu zamawiający przewiduje również bilety tanich linii lotniczych, które kupowane są poza systemami rezerwacyjnymi i koszt zakupu takich biletów z opłatą transakcyjną na poziomie 0,01 zł nie będzie mógł być pokryty z jakichkolwiek innych źródeł, a nie sposób przyjąć iż 0,01 zł pokryje koszty związane z zakupem i dostarczeniem takich biletów do zamawiającego. Znaczenie ma również fakt, iż Odwołujący posiada dwa biura w Krakowie i w Warszawie, które zajmują się również pośrednictwem wizowym i kalkulował swoje wynagrodzenie w sposób rzetelny z uwzględnieniem kosztów jakie są z tym związane, natomiast Pagart Tour sp. z o.o. nawet w tym zakresie zastosował stawkę 0,01 zł, która na pewno nie pokryje kosztów przesyłek kurierskich, które muszą zostać poniesione w świetle zapisów SIWZ. Złożone zatem przez tegoż Wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdzają, iż cena zaoferowana za realizację zamówienia nie jest ceną rażąco niską. Dodatkowo analizując kwestię rażąco niskiej ceny należy wskazać, iż z porównania ofert jednoznacznie wynika, iż cena Wykonawcy Pagart Tour sp. z o.o. jest o 103 853,490 zł tańsza od oferty Odwołującego podczas gdy różnice pomiędzy kolejnymi ofertami, tj. Odwołującego oraz pozostałych oferentów różnią się tylko kilkoma tysiącami. I tak: oferta Pagart Tour wynosi: 6 383 736, 60 zł oferta Odwołującego: 6 487 590 zł oferta First Class S.A. 6 495 190,30 zł oferta Polish Travel Quo Vadis sp. z o.o. 6 518,100 zł oferta Blue Sky Travel sp. z o.o. 6 563 000 zł. Ta okoliczność powinna być wzięta pod uwagę przez Zamawiającego przy badaniu rażąco niskiej ceny, gdzie przy specyfice zamówień na bilety lotnicze oraz pośrednictwo wizowe, badając rażąco niską cenę nie można odnosić wartości wynagrodzeń bezpośrednio do wartości szacunkowej zamówienia gdyż zawiera ona nie tylko wynagrodzenie samych wykonawców za wykonane

usługi ale także stricte koszt biletów czy wiz, dlatego wiarygodnym staje się porównanie wartości poszczególnych ofert. Z uwagi na brak wiarygodnych i wyczerpujących wyjaśnień Wykonawcy Pagart Tour sp. z o.o., zaoferowanie po stawkach wskazanych w jego ofercie realizacji przedmiotu zamówienia należy traktować jako oferowanie usług za symboliczną kwotę, co winno być kwalifikowane jako cena rażąco niska. Zdaniem Odwołującego zaoferowanie przez Wykonawcę Pagart Tour sp. z o.o. swojego wynagrodzenia na powyższym poziomie stanowi rażąco niską cenę i równocześnie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Oferta zatem która zawiera rażąco niską cenę i de facto stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, nie może być uznana przez Zamawiającego jako oferta która jest zgodna z przepisami ustawy. KIO przyjmuje iż takie kształtowanie wynagrodzenia, taka kalkulacja niewątpliwie zmierza do uzyskania jak najwyższej ilości punktów w ustanowionych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert, do zdobycia przewagi konkurencyjnej, co pozwala zakwalifikować takie działanie jako czyn nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (podobnie KIO w tym samym wyroku z dnia 17.08.2012 r., sygn. akt: KIO 1649/12). KIO również w wyroku z dnia 31.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2115/12, 2129/12, potwierdziła, iż: *„brak jest możliwości aby w kwocie 0,01 zł zawarty był koszt wszystkich wyżej wymienionych usług, zważywszy na fakt, iż do wykonania części z nich niezbędne jest zaangażowanie potencjału ludzkiego. Okoliczność, że Polskie Linie Lotnicze Lot S.A. uzyskuje wpływy z prowizji od innych przewoźników, czy wpływy z zastosowanych taryf lotniczych (...) nie zmieniają okoliczności, iż wskazana w ofercie opłata transakcyjna, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, miała odzwierciedlać rzeczywiste koszty wykonania szeregu czynności. Ewentualne przyszłe dochody z tytułu liczby sprzedanych biletów lotniczych uzyskiwane od podmiotów trzecich, wobec przytoczonej treści specyfikacji, pozostają bez wpływu na wysokość opłaty transakcyjnej”,* Co więcej *„w ocenie Izby zaoferowanie opłaty transakcyjnej na poziomie 0,01 zł stanowi działanie zagrażające interesom innych wykonawców, bowiem inni przedsiębiorcy, którzy wycenili wskazany przez zamawiającego zakres usług na kwoty rzeczywiste, wynikające z wartości świadczenia, znaleźli się w gorszej sytuacji podczas oceny ofert w kryterium ceny”* (wyrok KIO z dnia 31.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2115/12, 2129/12). Takie działanie zostało zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym zatem zasadnym jest stawianie zarzutu, iż złożenie oferty z ceną rażąco niską w świetle orzecznictwa KIO stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający w dniu 06.09.2013 r. wezwał (faxem i e-mailem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

W dniu 16.09.2013 r. (faxem i e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Niniejsza odpowiedź została podpisana przez Kanclerza Politechniki Wrocławskiej dr inż. Jarosława M. Janiszewskiego.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp - należało umorzyć. Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu zgodnie z żądaniem Odwołującego, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 2141/13 na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. z 2010 Nr 48, poz. 280 i Dz. U. z 2013 r. poz. 232) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....