

Sygn. akt: KIO 2542/22

WYROK
z dnia 11 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2022 r. przez wykonawcę: **IMKS Sp. z o.o. Sp. k., Al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Narodowe Centrum Kultury, ul. Płocka 13, 01-231 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **Business Travel Club Sp. z o.o., ul. M. Kopernika 30/213, 00-336 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2542/22 po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: IMKS Sp. z o.o. Sp. k., Al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: IMKS Sp. z o.o. Sp. k., Al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;**
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: IMKS Sp. z o.o. Sp. k., Al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa na rzecz zamawiającego: Narodowe Centrum Kultury, ul. Płocka 13, 01-231 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych na wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), 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

Zamawiający, Narodowe Centrum Kultury z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością prowadzenia negocjacji na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy z 11 września 2019 r. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.) pn.: *Świadczenie usług rezerwacji i sprzedaży biletów na krajowe i zagraniczne przewozy lotnicze, biletów kolejowych oraz rezerwacji miejsc hotelowych w Polsce i zagranicą na potrzeby IV Międzynarodowego Festiwalu Muzyki Europy Środkowo-Wschodniej Eufonie i innych wydarzeń realizowanych przez NCK*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00303478/01 w dniu 12 sierpnia 2022 r.

Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 20 września 2022 r., przesyłając wykonawcom przedmiotową informację.

Wykonawca, IMKS Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 w związku z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.), zwanej dalej „Pzp” wniósł odwołanie wobec:

1. czynności wyboru jako najkorzystniejszej - oferty wykonawcy Business Travel Club Sp. z o.o., pomimo iż ww. oferta winna zostać odrzucona;

2. zaniechania odrzucenia ofert wykonawców:

- 1) Business Travel Club Sp. z o.o.,
- 2) WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. K.,
- 3) Furnel Travel International Sp. z o.o.,
- 4) Delta Tour Sp. z o.o.,

- pomimo ww. oferty zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

3. zaniechania odrzucenia ofert wykonawców:

- 1) Business Travel Club Sp. z o.o.,
- 2) WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. K.,
- 3) Furnel Travel International Sp. z o.o.,
- 4) Delta Tour Sp. z o.o.,

- pomimo ww. oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4. zaniechania wyboru oferty Odwołującego, która winna zostać uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu;

5. naruszenia zasady równego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, poprzez jego niezastosowanie w stosunku do ofert wykonawców wskazanych w ust. 2 pkt 1-4 powyżej;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez jego niezastosowanie w stosunku do ofert wykonawców wskazanych w ust. 2 pkt 1-4 powyżej;
3. ewentualnie – naruszenie art. 224 ust. 1 Pzp, poprzez jego niezastosowanie w stosunku do ofert wymienionych w ust. 3 pkt 1-4 powyżej;
4. art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób uchylający zasadom równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. odrzucenia ofert wykonawców:
 - 1) Business Travel Club Sp. z o.o.
 - 2) WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. K.
 - 3) Furnel Travel International Sp. z o.o.
 - 4) Delta Tour Sp. z o.o.

- na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, ponieważ ww. oferty zostały złożone w warunkach nieuczciwej konkurencji;

3. odrzucenia ofert wykonawców:
 - 1) Business Travel Club Sp. z o.o.
 - 2) WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. K.
 - 3) Furnel Travel International Sp. z o.o.,
 - 4) Delta Tour Sp. z o.o.

- na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, ponieważ ww. oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4. ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnych składowych ceny złożonych ofert;
5. dokonania wyboru najkorzystniejszej, poprzez wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ewentualnie, dokonania czynności badania i oceny oferty niepodlegającej odrzuceniu;
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm określonych w stosownych przepisach.

Odwołujący wyjaśnił, że jest podmiotem, który jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, a na skutek niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności podejmowanych przez Zamawiającego, oferta Odwołującego nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. W konsekwencji Odwołujący poniósł szkodę, gdyż nie ma możliwości uzyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku wynikającego z realizacji

przedmiotowego zamówienia publicznego. W przypadku, gdyby Zamawiający dokonał badania i oceny ofert, w sposób zgodny z ustawą Pzp oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami i specyfikacją warunków zamówienia, wówczas oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza, ponieważ Zamawiający zobowiązany był odrzucić wszystkie inne oferty złożone w postępowaniu. W konsekwencji prawidłowego działania Zamawiającego, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający, określając warunki zamówienia wymagał od wykonawców wskazania w treści formularza ofertowego upustu od ceny wyjściowej jednego miejsca hotelowego na terenie Polski, jakiego wykonawca udzieli Zamawiającemu przy jego sprzedaży.

Zgodnie z §7 ust. 11 projektowanych postanowień umowy, „*cena miejsca hotelowego wraz ze śniadaniem ustalona będzie każdorazowo na podstawie ceny wyjściowej hotelu z uwzględnieniem upustu.*”. Zatem przedmiotowy upust wykonawcy wskazują w ofercie. Zgodnie z treścią projektu umowy, „*za „najkorzystniejszą cenę wyjściową” Zamawiający rozumie najniższą cenę uzyskaną z następujących źródeł: (1) za pośrednictwem systemów rezerwacyjnych, (2) cenę dnia obowiązującą w hotelu w dniu dokonywania rezerwacji, podanej do publicznej wiadomości przez hotel (cennik, strona internetowa itp.), (3) cenę jaką uzyskał Zamawiający w wyniku bezpośredniego zapytania hotelu o cenę. Cena zaproponowana przez Wykonawcę musi być niższa o wartość % upustu od najkorzystniejszej ceny wyjściowej danego hotelu w dniu dokonywania wyceny i przesłania oferty do Zamawiającego.*”. Skoro najkorzystniejszą cenę wyjściową ustala Zamawiający, poprzez wykonanie trzech czynności:

- 1) uzyskanie ceny za pośrednictwem systemów rezerwacyjnych,
- 2) weryfikacji ceny obowiązującej w hotelu w dniu dokonywania rezerwacji, podanej do publicznej wiadomości przez hotel (cennik, strona internetowa itp.),
- 3) bezpośredniego zwrócenia się do hotelu z prośbą o przedstawienie oferty cenowej,

to oczywistym jest, iż przedmiotowa cena stanowi cenę, po jakiej możliwe jest pozyskanie przedmiotowej usługi. Zatem, zgodnie z powyższym opisem, zawartym w treści dokumentacji zamówienia, podstawą ustalenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy będzie ustalona przez Zamawiającego cena w najtańszym wariantcie z uwzględnieniem zaoferowanego upustu.

Odwołujący przytoczył treść art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. z zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233, z późn. zm.), zgodnie z którym, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez odprzedaż usług poniżej kosztów ich zakupu. Podniósł, że przy zastosowanej przez Zamawiającego metodologii realizacji zamówienia, w szczególności sposobu rozliczania się z wykonawcą, zastosowanie jakiegokolwiek upustu będzie działaniem noszącym znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy

wskazani w petitum odwołania będą oferować Zamawiającemu usługi noclegowe poniżej kosztów ich pozyskania.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, że z treści dokumentacji zamówienia wynika, iż Zamawiający może wskazać dowolny obiekt na terenie Polski, należący do dowolnej sieci lub do dowolnego prywatnego właściciela. Zgodnie z informacją zawartą w Centralnym Wykazie Obiektów Hotelarskich, dostępnym pod adresem www.turystyka.gov.pl, w Polsce znajduje się 3.420 hoteli o różnych kategoriach i bezkrytyczne zakładanie, iż każdy z wykonawców wymienionych w petitum niniejszego odwołania wykreował z każdym z tych obiektów korzystniejsze warunki współpracy, należy uznać za pozostające jedynie w sferze deklaratywnej, a Zamawiający bezrefleksyjnie przyjął przedmiotowe oświadczenia ww. wykonawców, pomijając całkowicie zarówno ich rzetelność w świetle dokumentacji zamówienia, jak i w kontekście gospodarczym. Zamawiający całkowicie pominął sferę wyjaśnień treści ofert, w kontekście zasadności udzielonego rabatu.

Przyjęcie ww. ofert stoi także w sprzeczności z treścią zarówno pytania nr 3 zadanego przez jednego z potencjalnych wykonawców przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca wskazał Zamawiającemu, iż w przypadku rezerwacji grupowych warunki cenowe, jakie uzyskuje wykonawca są niekiedy mniej korzystne, niż w przypadku rezerwacji indywidualnych. Z kolei w odpowiedzi udzielonej w dniu 25 sierpnia br. Zamawiający, podtrzymując treść dokumentacji zamówienia, dodatkowo wyjaśnił, że *„w przypadku rezerwacji grupowych ceny mają charakter negocjowany – Wykonawca uzgadnia z obiektem hotelowym możliwie duży upust w stosunku do cen indywidualnych”*. Powyższe prowadzi wręcz do niedorzecznego wniosku, iż składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu wykonawca musi już ustalić warunki współpracy ze wszystkim hotelami, które potencjalnie może wybrać Zamawiający realizując przedmiot zamówienia.

Odwołujący, uzasadniając zarzut polegający na naruszeniu art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez jego niezastosowanie, wskazał, iż zgodnie z ww. przepisem, zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę lub którakolwiek ze składowych jej ceny jest rażąco niska. Z ceną rażąco niską mamy do czynienia wówczas, gdy jest ona nierealna, całkowicie niewiarygodna, odbiegająca bardzo istotnie od warunków rynkowych, taka, która nie pozwala na wykonanie zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego.

Zamawiający w treści dokumentacji zamówienia szczegółowo opisał zakres usług, jakich oczekuje od wykonawcy. Zgodnie z postanowieniami §4 ust. 1 projektowanych postanowień umowy, stanowiących załącznik nr 4 do specyfikacji warunków zamówienia, Zamawiający wymagał od wykonawców *„aby osoby wykonujące czynności wskazane w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia dla Opiekuna Zamawiającego były i pozostawały zatrudnione przynajmniej przez cały okres realizacji niniejszej umowy, na*

podstawie umowy o pracę.”. Powyższe wymaganie należy zestawić z oczekiwaniami, jakie Zamawiający formułuje w stosunku do „Opiekuna Zamawiającego”. Oczekiwania te zostały sformułowane w treści opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia, gdzie w części II *Dodatkowe informacje dotyczące realizacji umowy*, Zamawiający „wymaga, aby Wykonawca przydzielił osobę/osoby (tzw. *Opiekuna Zamawiającego*) odpowiedzialną/ne za realizację umowy zawartej na podstawie niniejszego zamówienia, w tym zapewniająca/ce doradztwo i pomoc w zakresie zmian w czasie trwającej podróży (*helpdesk do dyspozycji 7 dni w tygodniu / 24 godziny na dobę, dostępny telefonicznie bądź mailowo*)”. Jak zatem wynika z powyższego, Zamawiający oczekuje pełnej dyspozycyjności, co przekłada się na określone wymagania finansowe wynikające chociażby z treści rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (DZ. U. poz. 1690). Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, tj. wymagania Zamawiającego oraz uwarunkowania finansowe, jakim musi sprostać potencjalny wykonawca, uzyskujemy dane, które wskazują, ile czasu – w ramach ofertowanego wynagrodzenia - mogą poświęcić poszczególni wykonawcy świadcząc przedmiotowe usługi. Co więcej, wykonawca Furnel Travel sp. z o.o., w ogóle nie wycenił (tj. zaproponował wynagrodzenie wysokości 0,00 zł brutto) ceny usługi związanej z rezerwacją i sprzedażą miejsc noclegowych w Polsce oraz rezerwacją i sprzedażą miejsc noclegowych za granicą.

W ramach usług świadczonych za ww. wynagrodzenie (i czasu wynikającego z właściwych przepisów), wykonawca jest zobowiązany do dostarczania potwierdzenia rezerwacji / biletów Zamawiającemu, przypominania Zamawiającemu o terminach, aranżacji trasy podróży, wprowadzania zmian i dokonywania anulacji, pośredniczenia w zakupie szerokiego wachlarza usług dodatkowych, helpdesk 24/7 i itp. Zatem, można postawić retoryczne pytanie, w jaki sposób wykonawca zamierza zrealizować powyższe, w czasie 1,1 sek.?

Wykonawcy, jak to zostało szczegółowo opisane przez Zamawiającego w § 7 projektu umowy, mieli obowiązek określenia „ceny transakcyjnej” obejmującej przynajmniej ogół kosztów, jakie poniosą podczas wykonywania zleceń rezerwacji i odsprzedaży usług Zamawiającemu. Biorąc pod uwagę narzucony przez Zamawiającego wymóg zatrudnienia na umowę o pracę, minimalne stawki godzinowe i zaproponowane przez wykonawców ceny, musieliby oni, aby koszty wytworzenia usług nie przekroczyły cen ofertowych, ograniczyć czas ich wykonania do przedstawionych przez Odwołującego w tabeli, która dotyczy jedynie kosztów pracy wynikających z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i całkowicie pomija pozostałe koszty ponoszone przez wykonawcę, jak np. koszty obsługi księgowej, koszty utrzymania wykonawcy (np. koszty biura, energii elektrycznej, etc.), czy zysku.

W przypadku rezerwacji usług hotelowych zdecydowana większość obiektów wymaga płatności z góry lub zaliczkowania, a Zamawiający płaci w terminie 14 dni po wykonaniu usług, co stanowi dla wykonawcy dodatkowe koszty kredytowania. Po stronie wykonawcy jest też ryzyko niewykorzystania przez Zamawiającego zamówionych usług, które również winno zostać uwzględnione w cenie oferty.

Mając na względzie, iż każdy z wykonawców zaproponował dodatkowo upusty od cen wyjściowych, logicznym jest, iż nie ma możliwości, aby oferowane usługi zostały wykonane w sposób należyty powyżej kosztów ich wytworzenia.

Zamawiający swoim działaniem naruszył również normę art. 16 ust. 1 Pzp. Obowiązkiem bowiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania z poszanowaniem pryncypialnych zasad sformułowanych w powyższym przepisie, w szczególności zapewnienie równego traktowania wykonawców. Przedmiotowa zasada oznacza, iż wykonawców znajdujących się z tożsamej sytuacji podmiotowej, zamawiający winien traktować identycznie, a tych którzy znajdują się w różnych sytuacjach podmiotowych – odmiennie. Tolerowanie przez Zamawiającego możliwości oferowania określonych usług przy jednoczesnym braku poszanowania przepisów dotyczących podatku od towarów i usług stanowi jaskrawy przykład nierównego traktowania wykonawców, którzy działając w tych samych uwarunkowaniach prawnych zostali przez Zamawiającego odmiennie potraktowani. Działania Zamawiającego naruszają przedmiotową zasadę, ponieważ wykonawca, który złożył ofertę, której treść odpowiada stanowi faktycznemu, a także umożliwiającej zrealizowanie umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z jej treścią ustaloną w dokumentach zamówienia, nie może – z uwagi na brak rzetelności Zamawiającego w procesie badania i oceny ofert – ponosić negatywnych konsekwencji powyższego, w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający jednakowo potraktował wykonawców, których oferty w rzeczywistości były niezgodne z postanowieniami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, i tego którego oferta była całkowicie zgodną z jej treścią. Zatem powyższe działania Zamawiającego świadczą o nierównym traktowaniu wykonawców, a także o naruszeniu przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji.

Wykonawca, Business Travel Club Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 6 października 2022 r. wykonawca przedstawił swoje stanowisko. Wskazał, że Odwołujący podnosząc zarzuty nie odnosi się w żaden sposób do wysokości absurdalnych i nierynkowych poziomów proponowanych przez niego wysokości opłat transakcyjnych (kilkadziesiąt razy wyższych niż pozostałych wykonawców). Zamawiający akceptując linię analizy Odwołującego naraziłby się na zarzuty niegospodarności środkami publicznymi.

Odwołujący, w ramach analizy dot. upustów hotelowych, powołuje się na bliżej nieokreślone procedury współpracy z hotelami, naliczania upustów od cen publikowanych/grupowych etc., nie popierając tych wywodów żadnymi argumentami — są to jedynie dowolne przemyślenia i analizy, wynikające być może z posiadanego doświadczenia i możliwości, ale nie mające odniesienia do innych uczestników rynku; przeprowadza m.in. szeroką analizę wyliczonego w sobie znany sposób czasu reakcji, wynikającego z wysokości oferowanych wysokości opłat transakcyjnych — wskazane wyliczenia w żaden sposób nie odnoszą się do rzeczywistości, biorąc pod uwagę informacje ujęte w części niejawniej niniejszego dokumentu, nie są one również żadnym elementem ocennym ofert.

Odwołujący nie może mieć wiedzy, co zostało w kalkulacjach uwzględnione, a co nie, gdyż nie zna uwarunkowań organizacyjno-finansowych pozostałych wykonawców. Być może warunki funkcjonowania Odwołującego nie pozwalają na proponowanie niższych poziomów opłat transakcyjnych na realizowane usługi natomiast trudno przyjąć, że warunki te są jedyne i najlepsze na rynku polskim.

Odwołujący sam przyznaje, że istnieje formuła udzielania upustów przez obiekty hotelowe, natomiast w dalszej części dokumentu przekonuje, że procedura określona przez Zamawiającego uniemożliwia jej zastosowanie — być może takie odczucie i wiedzę ma jedynie Odwołujący, gdyż wszyscy pozostali wykonawcy przedmiotowe upusty zaoferowali. Specyfika postępowania na wspomniane usługi wymaga odejścia od klasycznego podejścia do kwestii kryteriów oceny ofert i wymusza szczególne podejście do konstrukcji ceny oferty w postępowaniu i innych poza cenowych kryteriów oceny ofert, którymi posługuje się Zamawiający celem wyboru oferty najkorzystniejszej.

Dokonana przez Przystępującego kalkulacja wyceny ww. usługi obejmuje wszelkie obiektywne czynniki, w szczególności założenia przyjęte w zakresie ilości zamówień, oszczędności metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne oraz wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy.

Treść SIWZ nie ogranicza sposobu wyliczenia wysokości opłaty transakcyjnej jedynie do wpływów i kosztów bezpośrednio związanych z wykonaniem danej czynności rezerwacyjnej, lecz oczekuje, że takie koszty będą pokryte. Wykonawca, natomiast, winien brać pod uwagę wszystkie czynniki wpływające na proponowaną cenę pod warunkiem, że są one zgodne z przepisami prawa. Oczywiście taka zasada obowiązywała przy przygotowywaniu złożonej przez Przystępującego oferty.

Przy przygotowywaniu oferty wykonawca zobowiązany jest do kompleksowej analizy ekonomicznej planowanego przedsięwzięcia, biorąc jednak pod uwagę nie tylko wpływy bezpośrednio wynikające z wpłacanych przez Zamawiającego opłat transakcyjnych, ale również ze wszystkich źródeł powiązanych w sposób bezpośredni lub pośredni z wykonywanymi zleceniami. W części zastrzeżonej - do niniejszego pisma, jedynie do

wiadomości Zamawiającego i Składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej, opisane zostały wpływy finansowe Spółki wynikające z planowanej realizacji przedmiotowego zamówienia, jak również związane z tym koszty, co potwierdza, że kalkulacja oferty została dokonana prawidłowo.

Przystępujący podkreślił, że oferty ujmujące wysokość naliczanych opłat transakcyjnych za wystawianie biletów lotniczych i usługi rezerwacji hotelowych na poziomie PLN 0,01 są szeroko stosowane na polskim rynku przez wszystkich uczestników tegoż rynku (nawet podmioty w innych przypadkach podważające ich zasadność bardzo szeroko stosując analogiczną procedurę). Przystępujący w ramach zał. nr 1 do niniejszego pisma, przekazał przykładowe informacje z otwarcia ofert w przypadku niekiedy bardzo dużych kwotowo postępowań.

Przystępujący oświadczył, że w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia, otrzymywać będzie od podmiotów trzecich gwarantowane wynagrodzenie za realizowane na rzecz Zamawiającego usługi. Należy przy tym zaznaczyć, że nie zachodzi w tym przypadku o tzw. „subsydiowanie skrośne” np. dokonanie rezerwacji jest czynnością integralnie i bezpośrednio związaną z wystawieniem biletu lotniczego — jest więc czynnością bezpośrednio powiązaną z realizacją zamówienia. Bez dokonania rezerwacji (i jednoczesnego naliczenia należnej Spółce prowizji) nie jest możliwe wystawienie biletu lotniczego. Naturalnym jest, więc, że składnikami wynagrodzenia związanego z daną usługą jest zarówno wynagrodzenie otrzymywane od Zamawiającego, jak również wszelkie inne wynagrodzenia od innych podmiotów za czynności związane z realizacją tejże usługi.

Takie stanowisko potwierdzone jest m.in. w uzasadnieniu do wyroku KIO/UZP/240/13. Ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej nie potwierdza tezy o niemożności przedmiotowego subsydiowania kosztów.

Przystępujący wyjaśnił, że realizował na rzecz Zamawiającego w latach 2017-2022 analogiczne usługi na bazie praktycznie analogicznych warunków cenowych (wysokość opłaty transakcyjnej PLN 0,01, a wysokości upustów były wyższe) i zamówienia te wykonane były w sposób prawidłowy, czego dowodem są wystawiane corocznie Informacje o poziomie realizowanych usług (w zał. stosowne dokumenty — zał. nr 2).

Zamawiający, przed podjęciem decyzji o wyborze wykonawcy, miał świadomość, że poziom realizowanych usług jest odpowiedni i nie był zmuszony do dodatkowych analiz w tym względzie, szczególnie, że warunki cenowe zamówienia pozostałyby, praktycznie, na niezmiennym poziomie. W latach ubiegłych, w ramach analogicznych procedur przetargowych organizowanych przez Zamawiającego, praktycznie na analogicznych zasadach, wykonawcy wielokrotnie prezentowali oferty, uwzględniające wysokości opłat transakcyjnych na poziomie PLN 0,01 przy jednoczesnym ujęciu znacznych upustów

cenowych od cen rezerwacji hotelowych — w zał. stosowna dokumentacja (zał. nr 3). Jest to, więc, procedura powszechna i niepodważalna rynkowo.

Przystępujący podkreślił, że poziom cenowy jego oferty jest wyliczony rzetelnie i pozwala na realizację całości zamówienia w sposób prawidłowy.

Zamawiający, pismem z dnia 10 października 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, poprzez jego niezastosowanie w stosunku do ofert wykonawców wskazanych w ust. 2 pkt 1-4 odwołania tj. zarzutu złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, Zamawiający wskazał, iż zarzut ten jest niezasadny.

Zamawiający wyjaśnił, iż w ostatnich latach zrealizował już kilkanaście podobnych postępowań, których przedmiotem było świadczenie przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego usług rezerwacji i sprzedaży biletów na krajowe i zagraniczne przewozy lotnicze, biletów kolejowych oraz rezerwacji miejsc hotelowych w Polsce i zagranicą. Zamawiający, przygotowując ww. postępowania przetargowe, dokonał szczegółowej analizy rynku oraz stosowanych powszechnie przez innych zamawiających sposobów realizacji podobnych postępowań, w tym m.in. doboru zakresu kryteriów oceny ofert, sposobu rozliczeń oraz analizując jednocześnie te przyjęte rozwiązania w świetle linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. Problematyczna z punktu widzenia Zamawiającego przy organizacji podobnych postępowań jest okoliczność, iż Zamawiający w momencie publikacji postępowania nie zna faktycznego zapotrzebowania na bilety lotnicze, kolejowe czy hotele. Zamawiający nie zna również tras przelotów czy przejazdów. Często to takie informacje Zamawiający pozyskuje dopiero na kilka dni przed wylotem. Okoliczność ta związana jest ze specyfiką działalności kulturalnej Zamawiającego, polegającej m.in. na organizowaniu koncertów i innych wydarzeń kulturalnych. Zamawiający, organizując koncert, często negocjuje warunki udziału artystów (w tym artystów zagranicznych) do ostatniej chwili, a ci artyści są najczęściej użytkownikami przelotów, przejazdów kolejowych czy noclegów.

Zastosowane przez Zamawiającego kryteria oceny ofert, jak i warunki realizacji zamówienia publicznego są stosowane bez istotnych zmian przez Zamawiającego od kilku lat. W postępowaniach tych wstępują zbliżone sumy opłat transakcyjnych, podobnie jak w niniejszym postępowaniu. Wskazać również należy, iż w prowadzonych postępowaniach była zachowana konkurencyjność, o czym świadczą liczne oferty złożone przez wykonawców. Zaoferowane w niniejszym postępowaniu sumy opłat transakcyjnych przez wykonawców Business Travel Club Sp. z o.o., WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. K., Furnel Travel

International Sp. z o.o., Delta Tour Sp. z o.o. są do siebie zbliżone w porównaniu do oferty Odwołującego. Ponadto, Zamawiający dokonał szczegółowej analizy wyjaśnień wykonawców dot. rażąco niskiej ceny, które złożone były w poprzednich postępowaniach przetargowych. Wyjaśnienia te były spójne, a Zamawiający ustalił na podstawie tych wyjaśnień, iż różnice sumy opłat transakcyjnych wynikały m.in. z umów biznesowych pomiędzy wykonawcami a przewoźnikami, hotelami oraz wysokością uzyskiwanych przez wykonawców prowizji jako m.in. agentów IATA — co potwierdziły również wyjaśnienia, dowody i szczegółowe kalkulacje złożone przez Przystępującego Business Travel Club Sp. z o.o., złożone w odpowiedzi na niniejsze odwołanie (informacje i dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa).

Jedynie oferta Odwołującego odbiega od wszystkich ofert zarówno w tym jak i w stosunku do wszystkich innych postępowań, które prowadził Zamawiający. Zaoferowane przez Odwołującego warunki realizacji przedmiotu zamówienia wydają się odrealnione, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i warunki jego realizacji oraz zaoferowane przez Odwołującego ceny.

Analizując złożone odwołanie oraz biorąc pod uwagę przy tym zaoferowane przez Odwołującego ceny opłat transakcyjnych można dojść do przekonania, iż zaoferowana cena za opłatę transakcyjną może zawierać już cenę biletów czy też miejsca hotelowego, jednak taka interpretacja postanowień SWZ dokonana przez Odwołującego na etapie przygotowania oferty, świadczyłaby, iż Odwołujący nie zrozumiał przedmiotu zamówienia oraz warunków realizacji przedmiotu umowy a jego oferta może być niezgodna z postanowieniami SWZ.

Wskazać przy tym należy na jednoznaczne postanowienia dot. rozliczeń realizacji przedmiotu umowy, opisane w Projektowanych postanowieniach umowy, tj. 7 Załącznika nr 4 do SWZ - „Istotne Postanowienia Umowy (IPU)”:

„2. Wykonawcy przysługuje wyłącznie wynagrodzenie za faktycznie zlecone i wykonane przez Wykonawcę usługi w ramach realizacji Przedmiotu umowy, przy uwzględnieniu upustu oraz opłat transakcyjnych wskazanych ofercie Wykonawcy i niniejszej umowie. Wynagrodzenie wskazane w ust. 1 jest wynagrodzeniem maksymalnym. Zamawiający nie gwarantuje zlecenia Przedmiotu zamówienia do wysokości wynagrodzenia maksymalnego. Zamawiający przewiduje zlecenie Wykonawcy realizacji Przedmiotu umowy na kwotę nie mniejszą niż 100 000, 00 zł. 3. Całkowitym wynagrodzeniem Wykonawcy za rezerwację i sprzedaż jednego biletu lotniczego:

1.1. krajowego — jest opłata transakcyjna w stałej wysokości zł brutto,

1.2. zagranicznego — jest opłata transakcyjna w stałej wysokości zł brutto, która obejmuje: koszt rezerwacji i %wystawienia biletu (nie wlicza się ceny nabycia biletu wynikającego z taryfy przewoźnika), dostarczenia rezerwacji/biletu Zamawiającemu w postaci elektronicznej,

przypominania o zbliżających się terminach wykupu biletów, oferowania wariantów połączenia.

4. Całkowitym wynagrodzeniem Wykonawcy za rezerwację i sprzedaż jednego biletu kolejowego:

3.1. krajowego — jest opłata transakcyjna w stałej wysokości zł brutto,

3.2. zagranicznego - jest opłata transakcyjna w stałej wysokości zł brutto, która obejmuje: koszt rezerwacji i wystawienia biletu (nie wlicza się ceny nabycia biletu wynikającego z taryfy przewoźnika), dostarczenia rezerwacji/biletu Zamawiającemu w postaci elektronicznej, przypominania o zbliżających się terminach wykupu biletów, oferowania wariantów połączenia.

9. Całkowitym wynagrodzeniem Wykonawcy za rezerwację i sprzedaż jednego miejsca hotelowego na terenie Polski jest opłata transakcyjna w stałej wysokości zł brutto, za rezerwację i sprzedaż jednego miejsca hotelowego za granicą Polski jest opłata transakcyjna w stałej wysokości zł brutto, które obejmują: koszt rezerwacji i wystawienia potwierdzenia rezerwacji (nie wlicza się ceny miejsca hotelarskiego/noclegowego wynikającej z cennika obiektu hotelarskiego). dostarczenie potwierdzenia rezerwacji Zamawiającemu w postaci elektronicznej, oferowania wariantów obiektów hotelowych i pokojów.”

Zakładając jednak, iż Odwołujący prawidłowo zrozumiał postanowienia SWZ, to wybierając ofertę Odwołującego, doszłoby do absurdalnej sytuacji; iż cena opłaty transakcyjnej jest wyższa albo przynajmniej równa cenie biletu czy też cenie miejsca hotelowego. Pomijając wyjaśnienia innych wykonawców, o których mowa poniżej, kierując się jedynie logiką i doświadczeniem życiowym trudno sobie wyobrazić aby koszt usługi znalezienia biletu i pomocy w jego zakupie był porównywalny albo wyższy do ceny samego biletu, zwłaszcza, że w obecnych czasach powszechnej elektronizacji i automatyzacji — taka usługa nawet dla osoby prywatnej posiadającej jedynie urządzenie elektroniczne typu smartphone czy komputer i dostęp do Internetu trwa kilka lub kilkanaście minut. Biorąc pod uwagę powyższe, zlecenie Odwołującemu przedmiotu zamówienia na warunkach zaoferowanych przez Odwołującego mogłoby prowadzić do zarzutu niegospodarności po stronie Zamawiającego, a tym samym naruszeniu przez Zamawiającego dyscypliny finansów publicznych.

Zamawiający wskazał, że w analogicznym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z 2020 r. na świadczenie usług rezerwacji i sprzedaży biletów na krajowe i zagraniczne przewozy lotnicze oraz rezerwacji miejsc hotelowych na potrzeby III Międzynarodowego Festiwalu Muzyki Europy Środkowo Wschodniej (znak sprawy: DZP.261.30.2020) wzywał już wykonawców do wyjaśnień w zakresie rażąco niskich cen i wyjaśnił te wątpliwości. Zamawiający przedłożył dowód nr 1: wezwania dot. wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny skierowane w postępowaniu świadczenie usług rezerwacji i sprzedaży

biletów na krajowe i zagraniczne przewozy lotnicze oraz rezerwacji miejsc hotelowych na potrzeby III Międzynarodowego Festiwalu Muzyki Europy Środkowo Wschodniej (znak sprawy: DZP.261.30.2020).

Wykonawcy na wezwanie Zamawiającego złożyli wyjaśnienia w zakresie podejrzenia przez Zamawiającego rażąco niskiej ceny (3 wykonawców zaoferowało opłaty transakcyjne w wysokości 0,06 zł). Wszystkie wyjaśnienia były ze sobą spójne i wskazywały podobnie jak wyjaśnienia Przystępującego - Business Travel Club Sp. z o.o. m.in. - na zyski uzyskiwane przez tych wykonawców jako prowizje np. od przewoźników czy też z tytułu bycia agentem YATA czy też innych organizacji.

W związku ze spójnymi wyjaśnieniami dot. rażąco niskiej ceny wszystkich wykonawców w postępowaniu nr DZP.261.30.2020, Zamawiający w związku z brakiem dalszych wątpliwości w tym zakresie, dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wybierając ofertę wykonawcy Business Travel Club Sp. z o.o. jako najkorzystniejszą.

Zamawiający ponadto wyjaśnił, iż wykonawca Business Travel Club Sp. z o.o. zrealizował dla Zamawiającego bardzo dużą liczbę usług w ramach różnych umów przetargowych na przestrzeni ostatnich lat, które były realizowane na tożsamych lub bardzo podobnych zasadach i cenach, jak w niniejszym postępowaniu. Wszystkie zamówienia zrealizowane przez wykonawcę Business Travel Club Sp. z o.o. były wykonane należycie, co potwierdzają załączone przez Przystępującego do odpowiedzi na odwołanie referencje Zamawiającego. Powyższe potwierdza, iż zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest rażąco niska, a przede wszystkim możliwa do realizacji na zaoferowanych warunkach. Dodatkowo wskazać należy, iż w postępowaniach przetargowych prowadzonych przez Zamawiającego wygrywali również inni wykonawcy niż Business Travel Club Sp. z o.o. i realizowali oni zamówienie na podobnych warunkach cenowych do zaoferowanych obecnie i Zamawiający nie miał uwag co do tych realizacji.

Biorąc pod uwagę powyższe wyjaśnienia i dowody, a zwłaszcza przeprowadzone przez Zamawiającego postępowanie wyjaśniające dot. podejrzenia rażąco niskiej ceny w zaoferowanych ofertach w analogicznym postępowaniu z 2020 r. oraz zrealizowanie już licznych podobnych usług m.in. przez wybranego wykonawcę, zgodnie z art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, Zamawiający nie był zobligowany do wzywania wykonawców do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ponieważ zaoferowane ceny nie wydawały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nie budziły wątpliwości Zamawiającego, jak również rozbieżność o której mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, ponieważ zostały już wyjaśnione przez Zamawiającego w poprzednich, analogicznych postępowaniach przetargowych.

Powyższe dowodzi, iż zarzut Odwołującego, zarówno w zakresie zarzutu nr 2 i 3 jest bezzasadny i zasługuje na oddalenie.

Biorąc pod uwagę natomiast powyższą analizę formalnoprawną oraz przedstawione dowody wskazać należy, iż zarzut nr 1 postawiony przez Odwołującego dot. rzekomego złożenia przez wykonawców oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, to wskazać należy, iż zarzut ten również jest chybiony. Powyższemu dowodzi liczba złożonych ofert zarówno w przedmiotowym postępowaniu (5 ofert), poprzednim postępowaniu z 2020 r. (6 ofert) oraz spójne wyjaśnienia złożone przez wykonawców dot. podejrzenia rażąco niskiej ceny, jak również dotychczasowa wiedza Zamawiającego w zakresie zrealizowanych u Zamawiającego usług przez różnych wykonawców po podobnych cenach. Z ww. analizy wynika natomiast, iż to oferta Odwołującego jest odrealniona od obowiązujących stawek rynkowych. Dowodem powyższego jest również powszechnie stosowany mechanizm wyboru najkorzystniejszej oferty stosowanej na rynku przez innych zamawiających, tj. analogiczne kryteria oceny ofert oraz akceptowalne stawki opłat transakcyjnym podobne do tych zastosowanych i zaoferowanych w niniejszym postępowaniu, jak również utrwalona linia orzecznicza KIO w tym zakresie. Zamawiający przychylił się w tym miejscu do licznych dowodów złożonych na tą okoliczność przez Przystępującego.

Ponadto, Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił złożenia ofert w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz nie wykazał rażąco niskiej ceny w złożonych ofertach, przy czym wskazać należy, iż ciężar udowodnienia tych okoliczności spoczywał na Odwołującym.

Odnosząc się natomiast do ostatniego zarzutu tj. rzekomego nierównego traktowania wykonawców, to wskazać należy, iż zarzut ten również nie zasługuje na uwzględnienie. Wykonawca nie sprecyzował na czym konkretnie polegało działanie lub zaniechanie Zamawiającego skutkujące nierównym traktowaniem wykonawców ani nie przedstawił żadnych dowodów na tą okoliczność. Zamawiający wskazał, iż wszyscy wykonawcy byli przez Zamawiającego równo traktowani, zarówno w tym jak i w innych postępowaniach przetargowych prowadzonych przez Zamawiającego.

Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie:

Dowód nr 1: wezwania dot. wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny skierowane w postępowaniu świadczenie usług rezerwacji i sprzedaży biletów na krajowe i zagraniczne przewozy lotnicze oraz rezerwacji miejsc hotelowych na potrzeby III Międzynarodowego Festiwalu Muzyki Europy Środkowo Wschodniej (znak sprawy: DZP.261.30.2020),

Dowód nr 2:

- wyjaśnienia Up Hotel Sp. z o. o. ul. Solna 4, 58-500t Jelenia Góra,
- wyjaśnienia Business Travel Club Sp. z o.o. ul. M Kopernika 30/213, 00-336 Warszawa (Tajemnica Przedsiębiorstwa).
- wyjaśnienia Furnel Travel International Spółka z o. o. ul. Kopernika 3. 00-367 Warszawa,

- wyjaśnienia WhyNotTravel Sp. z O.o. sp. k. / Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BOKKA

(Tajemnica Przedsiębiorstwa),

- wyjaśnienia LOT (Tajemnica Przedsiębiorstwa).

Dowód nr 3:

- Wybór najkorzystniejszej oferty wraz z rankingiem wszystkich złożonych ofert w postępowaniu nr DZP.261.30.2020.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba uznała, że wykonawca Business Travel Club Sp. z o.o. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełniając przesłanki określone w art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest: świadczenie usług rezerwacji i sprzedaży biletów na krajowe i zagraniczne przewozy lotnicze, biletów kolejowych oraz rezerwacji miejsc hotelowych w Polsce i zagranicą na potrzeby IV Międzynarodowego Festiwalu Muzyki Europy Środkowo-Wschodniej Eufonie i innych wydarzeń realizowanych przez NCK. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został przedstawiony w Załączniku nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia.

Zamówienia realizowane będą przez wykonawcę sukcesywnie wg. zapotrzebowania Zamawiającego do wyczerpania kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia wskazaną w SWZ (450 000 zł) lub do upływu terminu realizacji umowy, tj. 10.12.2022 r. – w zależności, które z tych zdarzeń nastąpi jako pierwsze. W związku z obiektywną okolicznością, iż zamówienie ma sukcesywny charakter realizacji, a sposób i poszczególne terminy realizacji przedmiotu zamówienia zostały wskazane w OPZ, Zamawiający wskazał konkretną datę zakończenia obowiązywania umowy.

W postępowaniu zostało złożonych 5 ofert. Oprócz oferty Odwołującego, ofertę złożyli wykonawcy: Business Travel Club Sp. z o.o., WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. K., Furnel Travel International Sp. z o.o., Delta Tour Sp. z o.o. Wszyscy wykonawcy oprócz Odwołującego zaoferowali ceny transakcyjne na poszczególne usługi na bardzo zbliżonym poziomie oraz zaoferowali także upusty od ceny wyjściowej jednego miejsca hotelowego na terenie Polski, jaki wykonawca udzieli Zamawiającemu przy jego sprzedaży, które były przedmiotem oceny w ramach kryteriów oceny ofert. Oferta złożona przez Odwołującego znacznie odbiega cenowo od pozostałych ofert. Odwołujący nie zaoferował żadnego upustu od ceny wyjściowej jednego miejsca hotelowego na terenie Polski.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła niezasadność zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia czterech ww. ofert, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. z zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233, z późn. zm.).

Izba zważyła, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie natomiast z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Odwołujący podnosił w ramach tego zarzutu, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, oprócz Odwołującego, zaoferowali świadczenie usług poniżej kosztów ich pozyskania, co ma na celu utrudnianie Odwołującemu dostępu do rynku. Odwołujący nie przedstawił jednak żadnych dowodów na okoliczność wysokości kosztów realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia ponoszonych przez poszczególnych wykonawców. Odwołujący w sposób subiektywny i głośłowny twierdził, że *„przy zastosowanej przez Zamawiającego metodologii realizacji zamówienia, w szczególności sposobu rozliczania się z wykonawcą, zastosowanie jakiegokolwiek upustu będzie działaniem noszącym znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy wskazani w petitum odwołania będą oferować Zamawiającemu usługi noclegowe poniżej kosztów ich pozyskania.”* Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, w tym choćby na uprawdopodobnienie swoich twierdzeń.

Odwołujący nie wykazał, że złożenie oferty przez każdego z czterech wykonawców wskazanych w petitum odwołania wypełnia przesłanki określone w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, tj., że złożenie ofert przez wskazanych wykonawców ma na celu utrudnienie Odwołującemu

dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Żadna z powyższych przesłanek nie została w toku postępowania odwoławczego wykazana.

Reasumując, Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił, że złożenie ofert przez czterech wykonawców w przedmiotowym postępowaniu nastąpiło w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, przy czym ciężar dowodu tych okoliczności, zgodnie z art. 534 ust. 1 Pzp spoczywał na Odwołującym, który wywodził z powyższych twierdzeń skutki prawne.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia w postępowaniu art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez jego niezastosowanie w stosunku do ofert wykonawców wskazanych w ust. 2 pkt 1-4 odwołania.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Rażąco niska cena została zdefiniowana w orzecznictwie KIO i sądów okręgowych. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę, przez cenę rażąco niską należy rozumieć cenę znacząco odbiegającą od cen rynkowych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę.

Ewentualne odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na wystąpienie rażąco niskiej ceny lub kosztu musi zostać poprzedzone przeprowadzeniem postępowania wyjaśniającego opisanego w art. 224 Pzp. Przepis ten określa warunki przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego (polegającego na wezwaniu wykonawcy o wyjaśnienia, w tym przedstawienie dowodów w przedmiocie ceny rażąco niskiej) w okolicznościach, gdy zamawiający oceni, że cena lub koszt oferty wydają się rażąco niskie. Ponadto, przepis wprowadza m.in.: obligatoryjny wymóg wezwania do wyjaśnień w okolicznościach określonych w art. 224 ust. 2 Pzp oraz otwarty katalog okoliczności, których mogą dotyczyć wyjaśnienia. Nie jest zatem dopuszczalne odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, jeśli zamawiający nie przeprowadził postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 224 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawcy, których ofert Odwołujący żąda odrzucenia, nie byli wzywani do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, zatem, zarzut zaniechania odrzucenia tych ofert, jako zawierających rażąco niską cenę został postawiony w niniejszym odwołaniu przedwcześnie i nie zasługuje na uwzględnienie. Podkreślić należy, że w świetle ugruntowanego orzecznictwa w powyższym zakresie, Zamawiający nie może odrzucić oferty bez wcześniejszego wysłuchania wykonawców, tj.

bez umożliwienia poszczególnym wykonawcom złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp, poprzez jego niezastosowanie w stosunku do ofert wymienionych w ust. 3 pkt 1-4 odwołania, Izba uznała za niezasadny.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

W orzecznictwie podkreśla się, że rażąco niska cena to cena niewiarygodna, nierealna, odbiegająca od cen rynkowych. W świetle art. 224 ust. 1 Pzp, wezwanie do złożenia wyjaśnień może dotyczyć również istotnych części składowych ceny lub kosztu. Ustawodawca użył sformułowania „zamawiający żąda”, co oznacza, że na zamawiającym spoczywa obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień w omawianym zakresie, jeśli wystąpią określone w tym przepisie przesłanki. Do wszczęcia postępowania wyjaśniającego konieczne jest podejrzenie ze strony zamawiającego rażącego zaniżenia ceny oferty lub kosztu, jak też obawa o brak możliwości wykonania zamówienia, zgodnie z warunkami określonymi w SWZ. W wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych zamawiający musi określić swoje wątpliwości, aby wykonawca wiedział, co należy wyjaśnić i z jakiego powodu zamawiający powziął wątpliwości. Po otrzymaniu wyjaśnień, zamawiający musi dokonać ich rzetelnej oceny.

W przedmiotowym postępowaniu Izba ustaliła na podstawie wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego, popartych stosowną dokumentacją, że Zamawiający zrealizował kilkanaście podobnych postępowań w ostatnim czasie na usługi rezerwacji i sprzedaży biletów na krajowe i zagraniczne przewozy lotnicze, biletów kolejowych oraz rezerwacji miejsc hotelowych w Polsce i zagranicą. Zamawiający wyjaśnił także, że dokonał w powyższym zakresie szczegółowej analizy rynku oraz stosowanych powszechnie przez innych zamawiających sposobów realizacji podobnych postępowań, w tym m.in. pod kątem dobrania kryteriów oceny ofert. Zamawiający wskazał, że w dotychczasowych postępowaniach w złożonych ofertach wystąpiły zbliżone sumy opłat transakcyjnych, jak w niniejszym postępowaniu. Zaoferowane w niniejszym postępowaniu sumy opłat transakcyjnych przez wykonawców Business Travel Club Sp. z o.o., WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. K., Furnel Travel International Sp. z o.o., Delta Tour Sp. z o.o. są także do siebie zbliżone, a wyłącznie oferta Odwołującego istotnie przewyższa wysokością sumy opłat transakcyjnych z pozostałych ofert.

Izba ustaliła, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu Zamawiający wzywał wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia złożone przez wykonawców były konkretne, rzeczowe i spójne. Na ich podstawie Zamawiający ustalił, że różnice sumy opłat transakcyjnych wynikały m.in. z umów biznesowych pomiędzy wykonawcami a przewoźnikami, hotelami oraz wysokością uzyskiwanych przez wykonawców prowizji jako m.in. agentów IATA. Powyższe zasady i metodologia kalkulacji opłat transakcyjnych opisane w wyjaśnieniach wykonawców potwierdziły również wyjaśnienia, dowody i szczegółowe kalkulacje złożone przez Przystępującego przy piśmie procesowym z dnia 7 października 2022 r., zastrzeżone przez wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Z przedłożonych przez Zamawiającego wyjaśnień, złożonych przez wykonawców w analogicznym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w 2020 r. na świadczenie usług rezerwacji i sprzedaży biletów na krajowe i zagraniczne przewozy lotnicze oraz rezerwacji miejsc hotelowych na potrzeby III Międzynarodowego Festiwalu Muzyki Europy Środkowo Wschodniej (znak sprawy: DZP.261.30.2020) wynika, że trzech wykonawcy w podobny sposób kalkulują ceny tych opłat, w tym uwzględniają m.in. prowizje uzyskiwane od przewoźników, czy też z tytułu bycia agentem IATA lub innych organizacji.

Izba podzieliła pogląd, że na podstawie tych wyjaśnień i doświadczenia z prowadzonych dotychczas postępowań Zamawiający szczegółowo poznał sposób kalkulacji i finansowania usług objętych przedmiotem zamówienia, który jest charakterystyczny dla tego rynku. Poznanie specyfiki i sposobu działania firm i finansowania ich działalności umożliwia Zamawiającemu dokonanie prawidłowej oceny złożonych ofert w kontekście wysokości oferowanej ceny oraz oferowanych upustów. Zamawiający posiadając tę wiedzę nie był zobligowany do wzywania wykonawców do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ponieważ nie miał on żadnych wątpliwości co do tego, że ceny złożonych ofert nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a pozostają realne, na poziomie występującym na rynku tych usług. W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości fakt, że zaoferowane stawki zakwestionowane przez Odwołującego występują powszechnie na rynku i sam fakt, że wyrażone są niską kwotą nie świadczy o tym, że zostały one w sposób rażąco zaniżone.

Jak słusznie zauważył Przystępujący, treść SIWZ nie ogranicza sposobu wyliczenia wysokości opłaty transakcyjnej jedynie do wpływów i kosztów bezpośrednio związanych z wykonaniem danej czynności rezerwacyjnej, lecz oczekuje, że takie koszty będą pokryte, a wykonawca kalkulując ofertę winien brać pod uwagę wszystkie czynniki wpływające na proponowaną cenę pod warunkiem, że są one zgodne z przepisami prawa. Jak wynika ze zgromadzonych dowodów, wykonawcy finansują w części koszty świadczonych usług z otrzymywanego od podmiotów trzecich gwarantowanego wynagrodzenia za realizowane na

rzecz Zamawiającego usługi, które jest ściśle powiązane ze świadczeniem przez wykonawcę usługi – realizacją zamówienia.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie wystąpiły okoliczności, które uzasadniałyby wątpliwości Zamawiającego co do rażącego zaniżenia ww. ofert, w szczególności zaoferowania usług poniżej kosztów ich świadczenia lub nabycia. Nie powstał zatem obowiązek wezwania przez Zamawiającego ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp.

W świetle zebranego materiału dowodowego nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób uchybiający zasadom równego traktowania wykonawców. Zamawiający oświadczył iż wszyscy wykonawcy byli przez niego równo traktowani, zarówno w tym jak i w innych prowadzonych postępowaniach. Odwołujący nie sprecyzował, na czym konkretnie polegało działanie lub zaniechanie Zamawiającego skutkujące nierównym traktowaniem wykonawców, a ponadto nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie tego zarzutu.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: