

Sygn. akt: KIO 3004/20

## WYROK

z dnia 14 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aneta Mlącka**

Protokolant: **Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 09 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2020 r. przez Wykonawcę **WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. (ul. Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa)**

przy udziale Wykonawcy **eTravel S.A. (Al. Jerozolimskie 142B, 02-305 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

### orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Wykonawcę **WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. (ul. Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn)** i
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę **WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. (ul. Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz.1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący: .....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający PKP PLK S.A. prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Stała i kompleksowa obsługa pracowników Zamawiającego w związku z krajowymi i zagranicznymi podróżami służbowymi”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 165-401393.

Odwołujący WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty eTravel S.A. mimo faktu, iż wyliczenie ceny oferty tego Wykonawcy nastąpiło niezgodnie ze wskazaniem Zamawiającego umieszczonymi w SIWZ, art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w związku z art. 3 ust. 1 uzk oraz art. 15 ust. 1 pkt uzk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy eTravel S.A., który dopuścił się zaniżenia ceny ofertowej przynajmniej, niektórych usług w celu osiągnięcia przewagi rynkowej lub przynajmniej nieuzasadnionej przewagi w Postępowaniu, które w takim razie należy traktować jako osobny rynek właściwy dla takiego czynu, art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp w związku z art. 90 ust. 3 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy eTravel pomimo, iż Wykonawca ten nie wykonał ciążącego na nim na podstawie art. 90 ust. 2 pzp obowiązku i nie wykazał, iż jego oferta nie jest obciążona wadą rażąco niskiej ceny, nie dochował staranności wymaganej od wykonawców w Postępowaniu, nie złożył wyjaśnień w całym zakreślonym przez Zamawiającego zakresie, a wyjaśnienia w zakresie, w którym zostały przedstawione potwierdzają że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu podjęcia następujących czynności: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Wykonawcy eTravel S.A., przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert bez uwzględniania oferty Wykonawcy eTravel S.A.

Odwołujący wskazał, że w trakcie rozprawy o sygn. akt KIO 1937/20 Wykonawca eTravel S.A. złożył oświadczenie, zgodnie z którym „jeden kasjer (...) może dokonać miesięcznie ok. 200 do 300 rezerwacji”. W ocenie Odwołującego są to wartości graniczne dla różnego typu usług w przedsiębiorstwie Wykonawcy eTravel S.A. Dalej Odwołujący wskazał, że na tej samej rozprawie Wykonawca eTravel oświadczył, iż „czas wykonania rezerwacji, jako całego procesu obsługi łącznie z kontaktem z klientem i potwierdzeniami, wynosi średnio 45 minut”.

Odwołujący wskazał dalej, że przy uwzględnieniu 21 dni pracy w miesiącu po 8h są to średnio 224 rezerwacje w miesiącu. Wydaje się, iż jest to realnie wyliczona średnia po zsumowaniu wszystkich usług.

W ocenie Odwołującego Wykonawca eTravel S.A. płaci swoim kasjerom przynajmniej 4000 zł brutto miesięcznie, a odpowiednie umowy powinny być zostać załączone jako dowody do wyjaśnień rażąco niskiej ceny - Odwołujący zakłada wyłącznie częściowe zaniechanie w tym zakresie, tj. przedstawienie umów w sposób wybiórczy, bez odniesienia ich do sposobu realizacji zamówienia, co również stanowi wadę wyjaśnień skutkującą koniecznością odrzucenia oferty Wykonawcy eTravel S.A.

Dodatkowo Wykonawca eTravel S.A. użytkuje przestrzeń biurową w nowoczesnym biurowcu. Odwołujący oszacował, iż koszt takiego biura wynosi minimalnie 300 zł za pracownika, co oznacza, iż do każdej transakcji należy doliczyć przynajmniej kolejną złotówkę, a prawdopodobnie więcej.

Wykonawca eTravel zaproponował następującą wycenę swojej oferty - podano kwoty netto, gdyż podatek VAT jest w całości odprowadzany przez przedsiębiorców do Skarbu Państwa:

1. Opłata transakcyjna za połączenie lotnicze krajowe - 8,00 zł netto (1,67 zł do 9,06 zł poniżej kosztów)
2. Opłata transakcyjna za połączenie lotnicze międzynarodowe — 14,00 zł netto (do 3,06 zł poniżej kosztów)
3. Opłata transakcyjna za rezerwacją noclegu w kraju — 0,01 zł netto (od 9,66 zł do 17,05 zł poniżej kosztów)
4. Opłata transakcyjna za rezerwację noclegu zagranicznego - 0,01 zł netto (od 9,66 zł do 17,05 zł poniżej kosztów)
5. Opłata transakcyjna za pośrednictwo wizowe - 5,00 zł netto (od 4,67 zł do 12,06 zł poniżej kosztów)
6. Opłata transakcyjna za pośrednictwo ubezpieczeniowe — 0,01 zł netto (od 9,66 zł do 17,05 zł poniżej kosztów pracy)

Odwołujący wskazywał także, że Wykonawca eTravel ponosi koszty upustu od każdej rezerwacji hotelowej w wysokości 5,10% ceny, za którą dokonuje nabycia danej usługi oraz inne koszty, w tym koszty systemów, zużycia materiałów biurowych oraz energii itp. Przykładowe koszty sprzedaży hotelu na jedną dobę w Polsce przez Wykonawcę eTravel wynoszą od około 20 zł do około 40 zł, biorąc pod uwagę również możliwe koszty opłat klimatycznych (tak Rozdział XVIII ust. 2 pkt 2 SIWZ). Zdaniem Odwołującego Wykonawca eTravel S.A. traci na każdej krajowej rezerwacji hotelowej na jedną dobę od 20 do 40 zł. W

przypadku rezerwacji hotelowych zagranicznych oraz usług wizowych strata ta kształtuje się na podobnym poziomie, a w przypadku pozostałych usług jest niższa o kwotę opustu.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami SIWZ Opłaty transakcyjne brutto muszą obejmować rzeczywisty koszt realizacji poszczególnych rodzajów świadczonych usług, w tym w przypadku:

1) biletów lotniczych krajowych i zagranicznych, w szczególności: koszt rezerwacji i wystawienia biletu, dostawę biletu, oferowanie wariantów połączeń, przypominania o zbliżających się terminach wykupu biletów, zorganizowanie i zabezpieczenie kompleksowej realizacji przedmiotu umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami lokalnymi i krajów docelowych, koszty powtórzenia rezerwacji, zmiany rezerwacji, zwrotu biletu, wymiany biletu, odwołań i reklamacji, odprawy i wszelkie interwencje związane z obsługą przelotu oraz wszystkie inne koszty związane z należyтым wykonywaniem umowy;

2) rezerwacji hotelowych w kraju i za granicą w szczególności: koszt rezerwacji i zakupu miejsca hotelowego /miejsca noclegowego, oferowanie wariantów Noclegów, koszty powtórzenia i zmiany rezerwacji, reklamacji, wszelkie dodatkowe opłaty typu kaucje, taksy zabezpieczające, opłaty klimatyczne i wszelkie inne koszty związane z należyтым wykonaniem Umowy;

3) wiz, w szczególności koszt zakupu, odbioru i dostarczenia wiz, informacji o rodzajach wiz, informacji o dostarczeniu niezbędnych dokumentów do uzyskania wizy, wsparcia Zamawiającego swoją wiedzą i doświadczeniem pi'zy wypełnianiu wniosku wizowego, odebrania od Zamawiającego kompletu dokumentów potrzebnych do uzyskania wizy oraz ich weryfikacji;

4) ubezpieczenia koszt zakupu odbioru i dostarczenia, przekazania Zamawiającemu informacji o zakresie ubezpieczenia, terminie obowiązywania ubezpieczenia, sumie ubezpieczenia, załatwienia wszystkich formalności w imieniu Zamawiającego związanych z uzyskaniem ubezpieczenia, przekazania Zamawiającemu polisy ubezpieczeniowej

Zdaniem Odwołującego w postanowieniach SIWZ określono bardzo szczegółowo zakres zamówienia na potrzeby wyceny, przy czym w przypadku odbioru i dostarczenia wiz należy zauważyć, iż nie odbywa się to on-line, więc należy ponieść również koszty kuriera, które wynoszą kilkanaście złotych za każda usługę. Dodatkowo potwierdzają to zapisy Rozdziału III pkt 4 i 5 OPZ.

Odwołujący wskazał także, że opłaty transakcyjne za rezerwacje powinny pokrywać wszelkie dodatkowe opłaty typu kaucje, taksy zabezpieczające, opłaty klimatyczne. Zagranicą są to koszty od ok 1,2 zł od osoby do nawet ponad 30 zł od osoby za dobę. W Polsce od mniej niż

2 zł do 4,48 zł za dobę.

Poszczególne ceny jednostkowe - opłaty transakcyjne każdej pozycji Formularza Ofertowego powinny uwzględniać wszelkie koszty pośrednie i bezpośrednie związane z realizacją danej pozycji i nie mogą być przenoszone do innych pozycji.

W ocenie Odwołującego z powyższego wprost wynika, iż wszelkie koszty realizacji danej usługi powinny być skalkulowane i przypisane wyłącznie do przychodów pochodzących z tej usługi. W takich warunkach nie jest możliwe np. pokrycie kosztów wizy z przychodów dotyczących sprzedaży hoteli lub biletów lotniczych.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający zastrzegł prawo do wskazania konkretnego hotelu jak również standardu oraz możliwości wyszukania ponownej oferty, która będzie dotyczyła lokalizacji hotelu, uwzględnienia innej ceny. Hotele w których nocuje Zamawiający często są poza systemami, z których korzystają Wykonawcy, co w takich przypadkach całkowicie uniemożliwia uzyskanie prowizji od hotelu.

Wykonawcy uzyskują bardzo ograniczone prowizje za rezerwacje ze zniżką korporacyjną.

W Specyfikacji określono kwoty maksymalne usług. Jeżeli Wykonawca eTravel otrzymuje prowizje procentowe to powinien być przyjąć kwoty wymienione w SIWZ do wyliczenia ceny usługi.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił, co rozumie przez cenę wyjściową – *będzie to cena przed upustem uzyskana za pośrednictwem systemów rezerwacyjnych, cenę wynegocjowaną z hotelem na podstawie zawartej umowy, cenę dnia obowiązującą w hotelu w dniu dokonywania rezerwacji podanej do publicznej wiadomości przez hotel np. w cennikach lub na stronie internetowej, w zależności od tego, która z tych cen jest najniższa. Wykonawca zobowiązany będzie na żądanie Zamawiającego udokumentować, że cena jest ceną wyjściową. Cena wyjściowa nie może przekroczyć ceny limitu zgodnie z załącznikiem dc OPZ oraz Rozporządzeniem Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej.*

W ocenie Odwołującego oznacza to brak możliwości uzyskania jakiegokolwiek zysku bezpośrednio od hotelu, gdyż Wykonawca jest zobowiązany nie tylko sprzedawać ale również udzielać upustu od już wynegocjowanej na podstawie umowy hotelowej ceny, lub od najkorzystniejszej ceny w swoim systemie.

12/10/2020 r. skierowano do Wykonawcy eTravel wezwanie na podstawie art. 90 ust. 1 pzp „do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanych nw. cen jednostkowych:

- 1) opłaty transakcyjnej za rezerwację biletu lotniczego międzynarodowego,
- 2) opłaty transakcyjnej za połączenie lotnicze krajowe,
- 3) opłaty transakcyjnej za rezerwację noclegu w kraju,
- 4) opłaty transakcyjnej za rezerwację noclegu zagranicznego,
- 5) opłaty transakcyjnej za pośrednictwo wizowe,
- 6) opłaty transakcyjnej za pośrednictwo ubezpieczeniowe”

Zamawiający zaznaczył, iż w odpowiedzi w szczególności należało uwzględnić wymagania rozdziału XVIII SIWZ - a więc wykaz kosztów usług i zakaz przenoszenia kosztów usług pomiędzy pozycjami.

Odwołujący wskazał, że nie ma dostępu do wyjaśnień ceny złożonych przez Wykonawcę eTravel, z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, jednak podniósł zarzut, że Wykonawca eTravel złożył wyjaśnienia, w których zsumowano wszystkie koszty oraz przychody niezgodnie z Rozdziałem XVIII ust. 3 SIWZ.

W opinii Odwołującego: nie uwzględniono wszystkich kosztów, w tym m.in. kosztów kurierów, biura, opłat lokalnych w przypadku hoteli, a być może także upustu, zaniżono inne koszty, w tym w szczególności koszty pracowników prawdopodobnie przez niedoszacowanie czasu pracy, który muszą poświęcać na obsługę Zamawiającego oraz wskazanie umów dotyczących najgorzej zarabiających pracowników, założono zbyt wysokie wpływy, w szczególności w zakresie prowizji od linii lotniczych za loty krajowe (bilety na trasach krajowych są tanie i przynoszą stosunkowo niskie zyski) oraz prowizji za rezerwacje hotelowe (nie uwzględniono stawek korporacyjnych oraz przejęcia płatności), nie wykazano żadnych przychodów ponad 0,01 zł w zakresie pośrednictwa wizowego oraz prawdopodobnie pośrednictwa ubezpieczeniowego, nie przedstawiono umów wszystkich osób skierowanych do realizacji zamówienia, a wyłącznie arbitralnie wybranych pracowników otrzymujących stosunkowo niskie wynagrodzenie - zgodnie z § 3 ust. 27 wzoru umowy do realizacji zamówienia należało skierować 7 osób. Takie działanie Wykonawcy eTravel wypełnia przesłanki do odrzucenia jego oferty zgodnie z zarzutami postawionymi w odwołaniu.

Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez eTravel odczytywane prawidłowo, tj. w stosunku do wymagań Zamawiającego, są wadliwe. Potwierdzają fakt

istnienia rażąco niskiej ceny, a przynajmniej nie można uznać, iż czynią zadość wymaganiu postawionemu przed każdym wykonawcą na podstawie art. 90 ust. 2 pzp - wady wyjaśnień ceny wynikają zdaniem Odwołującego wprost z przedstawionego stanu faktycznego i nie ma potrzeby ponownego ich przytaczania.

Odwołujący zauważył, iż zgodnie z art. 90 ust. 3 pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, przy czym zdaniem Odwołującego pojęcie "przedmiot zamówienia" należy w tym wypadku rozumieć szeroko i odnosić je do całości zapisów dokumentacji Postępowania. W takiej sytuacji wykazanie przez Wykonawcę eTravel, iż prawdopodobnie osiągnie zysk z realizacji zamówienia ale uczyni to niezgodnie z zapisami SIWZ należy ocenić jako potwierdzenie obarczenia oferty Wykonawcy eTravel wadą rażąco niskiej ceny - zdaniem Odwołującego zachodzi przynajmniej taka sytuacja, gdyż nierealne jest, aby Wykonawca eTravel w sposób należyty wyjaśnił ceny poszczególnych wykonywanych przez siebie usług i udowodnił, iż opłaty transakcyjne nawet powiększone o wysokość prowizji od podmiotów zewnętrznych, pozwalają na wykonywanie każdej pojedynczej usługi powyżej kosztów.

Niezależnie od wszystkich innych argumentów, zdaniem Odwołującego oferta Wykonawcy eTravel zawiera po prostu nierealną, zaniżoną wycenę i nie uwzględnia specyfiki Zamawiającego i wymagań dokumentacji Postępowania, w tym konieczności ponoszenia określonych kosztów i ograniczeń związanych z pozyskiwaniem przychodów przez Wykonawców.

Odwołujący wskazał także, że zgodnie z treścią SIWZ wykonawcy w postępowaniu zobowiązani byli uwzględnić koszty wykonania każdej z usług osobno. Zabronione było przenoszenie kosztów pomiędzy pozycjami (tak Rozdział XVIII ust. 3 SIWZ). Jednocześnie Zamawiający wymagał aby w kosztach uwzględniono konkretne wymagania Zamawiającego, przedstawione m.in. w rozdziale IV SIWZ oraz w OPZ. Tymczasem Wykonawca eTravel S.A. w sposób oczywisty nie uwzględnił kosztów wskazanych przez Zamawiającego w odpowiednich cenach opłaty transakcyjnej. Zdaniem Odwołującego stanowi to nie tylko o niezgodności treści oferty Wykonawcy eTravel z treścią SIWZ ale również wypełnia przesłanki do uznania, iż Wykonawca eTravel błędnie, niezgodnie ze wskazaniami Zamawiającego wyliczył cenę.

Zdaniem Odwołującego oferta Wykonawcy eTravel S.A. nie jest obliczona na osiągnięcie

zysku, tylko na zachowanie istniejącej przewagi rynkowej nad Odwołującym i innymi podmiotami działającymi na rynku obsługi podróży służbowych. W innych okolicznościach Wykonawca eTravel nie złożyłby oferty z zaniżoną ceną do Zamawiającego, którego aktualnie obsługuje. Takie działanie jest niezgodne z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, a więc konieczne jest odrzucenie oferty Wykonawcy eTravel z uwagi na art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp.

Do niniejszego postępowania zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego Wykonawca eTravel S.A.

### **Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W niniejszym postępowaniu znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy miał artykuł 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Znaczenia miały także art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z artykułem 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie natomiast z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Odwołujący upatrywał niezgodności oferty Wykonawcy eTravel S.A. w obliczeniu ceny niezgodnie ze wskazaniem Zamawiającego w SIWZ.

Jedną z takich niezgodności miało być przenoszenie przez Wykonawcę eTravel S.A. kosztów usług pomiędzy poszczególnymi pozycjami.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, aby Wykonawca eTravel S.A. w treści oferty dokonał przeniesienia wartości pomiędzy pozycjami cenowymi, czy pozycjami formularza oferty.

Jak wyjaśnił Zamawiający, z zapisu zawartego w rozdziale XVIII ust. 3 SIWZ wynika, że poszczególne ceny jednostkowe - opłaty transakcyjne każdej pozycji Formularza Ofertowego, powinny uwzględniać wszelkie koszty pośrednie i bezpośrednie związane z realizacją danej pozycji i nie mogą być przenoszone do innych pozycji. Powyższe oznacza, że konkretne ceny jednostkowe nie mogą być finansowane innymi cenami jednostkowymi. Oznacza to, że niedopuszczalna na gruncie zapisów SIWZ byłaby sytuacja, w której niska



cena jednostkowa w jednej pozycji, byłaby wynikiem zaoferowania w innej pozycji ceny pozwalającej osiągnąć wysoki zysk, który to zysk byłby przeznaczony na sfinansowanie kosztów dla innych pozycji.

Odwołujący nie wykazał, że konkretne ceny jednostkowe są finansowane innymi cenami jednostkowymi w ofercie Wykonawcy eTravel S.A.

Zamawiający wyjaśnił także, że: „nie zawarł w dokumentacji Postępowania zapisu zawierającego zakazu finansowania poszczególnych pozycji cenowych ze źródeł innych niż ceny jednostkowe wskazane w Formularzu Ofertowym, w szczególności wynikających z wyjątkowo sprzyjających warunków realizacji zamówienia dostępnych dla konkretnego wykonawcy. Jeżeli więc określony wykonawca wskazał wyjątkowo sprzyjające warunki realizacji zamówienia w ramach konkretnej pozycji cenowej, to według Zamawiającego nie doszło do naruszenia zakazu przenoszenia cen jednostkowych pomiędzy pozycjami Formularza Ofertowego. W takim bowiem przypadku wykonawca finansuje określone zamówienie ze źródeł innych, niż ceny jednostkowe wskazane w Formularzu Ofertowym ale dzieje się to w ramach jednej pozycji Formularza Ofertowego i nie dochodzi do przenoszenia cen jednostkowych pomiędzy pozycjami Formularza Ofertowego”.

W złożonych wyjaśnieniach Wykonawca eTravel S.A. powołał się na właściwe temu Wykonawcy, korzystne dla niego warunki realizacji zamówienia. Z wyjaśnień nie wynika, aby doszło do przeniesienia kosztów w ramach poszczególnych pozycji Formularza ofertowego.

Odwołujący powoływał się na uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 23 listopada 2018 roku w uprzednio prowadzonym postępowaniu przez tego samego Zamawiającego. Uzasadnienie odrzucenia dotyczyło jednak oferty Odwołującego w innym postępowaniu, a sytuacja tam wskazana odnosi się do oceny przez Zamawiającego uprzednio złożonej oferty i wyjaśnień Odwołującego i nie ma zastosowania w niniejszym postępowaniu.

Kolejnym przykładem niezgodności kalkulacji Przystępującego z treścią SIWZ zdaniem Odwołującego miał być brak zawarcia w cenie Wykonawcy eTravel S.A. wszystkich kosztów niezbędnych do realizacji usługi.

Jak wskazał Odwołujący na stronie 9 odwołania, Wykonawca eTravel S.A. nie uwzględnił wszystkich kosztów, w tym m.in. kosztów kuriera, biura, opłat lokalnych hoteli, ewentualnie upustu.

Twierdzenia Odwołującego są bezzasadne. Jak wskazano powyżej, Wykonawca eTravel S.A. złożył wyjaśnienia, w których odniósł się do każdej z wymaganych przez Zamawiającego części usługi stanowiącej przedmiot zamówienia. Kompleksowa ocena wyjaśnień nie pozwala na przyjęcie, że Wykonawca nie uwzględnił wszystkich kosztów.

Należy zauważyć, że podnoszone przez Odwołującego zarzuty stanowią ogólne,

hipotetyczne założenia, które, jak wskazano powyżej w świetle zarówno wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę eTravel S.A., jak i wyjaśnień złożonych w trakcie rozprawy, są bezzasadne.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu okoliczności należy wskazać co następuje:

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z treścią SIWZ, Wykonawca jest zobowiązany pokryć koszty zakupu, odbioru i dostarczenia wizy. Usługa dostarczenia wizy nie jest usługą darmową. W ocenie Odwołującego wartość 5 złotych przewidziana przez Wykonawcę eTravel S.A. za jedną wizę nie pokryje kosztów dostarczenia wizy - kuriera.

W odpowiedzi Wykonawca eTravel S.A. zwrócił jednak uwagę, że istnieje możliwość uzyskania wiz w formie elektronicznej i dotyczy to znakomitej większości wiz. Nadto ewentualna konieczność dostarczenia wizy w formie „dostawy osobistej” może nastąpić w ramach wynagrodzenia poszczególnych pracowników. Wyjaśnił także, że Zamawiający przewidział w ramach całej usługi zakup zaledwie 9 wiz, co jest kosztem minimalnym. Zatem nawet osobiste dostarczenie pojedynczych sztuk wiz nie powoduje po stronie Wykonawcy znacznych kosztów.

W świetle powyższych wyjaśnień Wykonawcy eTravel S.A., za bezpodstawne należało uznać twierdzenia Odwołującego o zaniżeniu kosztów w zakresie usługi związanej z zakupem i dostarczeniem wiz. Przede wszystkim nie są uprawnione twierdzenia o kosztach kuriera, w sytuacji gdy nie ma konieczności korzystania z takiej formy dostawy i dodatkowego zwiększania kosztów działalności wykonawcy. Niewielki zakres zamówienia w ramach tej usługi, jak również inne sposoby realizacji usługi (niż wskazywana przez Odwołującego realizacja dostawy przez kuriera), potwierdzają, że nie jest zasadne twierdzenie Odwołującego, że Wykonawca eTravel S.A. nie uwzględnił wszystkich kosztów tej usługi.

Odwołujący wskazywał także, że zgodnie z postanowieniami SIWZ, opłaty transakcyjne za rezerwacje powinny pokrywać wszelkie dodatkowe opłaty typu kaucje, taksy zabezpieczające, opłaty klimatyczne. W ocenie Odwołującego, Wykonawca eTravel S.A. nie uwzględnił kosztów podatku miejskiego. Odwołujący przedstawił dowód w postaci eGuide, z którego wynika, że podatek miejski w Brukseli za 1 dobę wynosi 4,24 euro. Powyższe zdaniem Odwołującego oznacza, że Wykonawca eTravel S.A. kalkulując realizację usługi z pozycji cena jednostkowa cena transakcyjna za rezerwację noclegu (tak w kraju, jak i za granicą) za 0,01 zł zaoferował cenę rażąco niską, nieuwzględniającą wszystkich kosztów.

W odpowiedzi na postawiony zarzut, Wykonawca eTravel S.A. przedstawił jako dowód objęty

tajemnicą przedsiębiorstwa dokument CTA, który stanowi potwierdzenie, że poszczególne hotele wliczają w cenę podatek miejski. Opłata taka nie jest zatem zawsze naliczana dodatkowo, a stanowi część opłaty za nocleg.

Dodatkowo Wykonawca eTravel S.A. przedstawił wyciąg z ustawy z 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych. Art. 16 tej ustawy stanowi, że Rada gminy może wprowadzić opłatę miejscową. Opłatę miejscową pobiera się od osób fizycznych przebywających dłużej niż dobę w celach turystycznych, wypoczynkowych lub szkoleniowych za każdą rozpoczętą dobę pobytu. Powyższe oznacza, że przy pobycie poniżej 1 doby, opłata taka nie jest naliczana.

Ponadto Wykonawca eTravel S.A. przedstawił wyciąg ze strony internetowej, dotyczący zwolnienia z city tax w Niemczech. Wynika z niego, że na terenie Niemiec pobierana jest opłata w wysokości między 5 a 7,5 % wartości rezerwacji od osób podróżujących prywatnie, turystycznie. Ww. kwotę można zaoszczędzić wykazując, że jest się w podróży służbowej.

Dodatkowo złożył w trakcie rozprawy dowód w postaci zestawienia tabelarycznego (objętego tajemnicą przedsiębiorstwa), z którego wynika procentowa ilość opłat dokonywanych w ramach podatku miejskiego z podziałem na poszczególne kraje i rodzaje rezerwacji. Z dowodu tego wynika niewielki procentowy udział ponoszonych opłat klimatycznych do ilości rezerwacji pobyków.

Powyżej wymienione dowody potwierdzają, że opłata klimatyczna nie jest naliczana każdorazowo, wynika z długości pobytu, a także miejsca i rodzaju pobytu. Zatem nie stanowi ona znacznego kosztu.

Co istotne, może być wliczana przez hotel do opłaty za nocleg, co potwierdzał szereg dowodów CTA. W tym miejscu należy zauważyć, że nie jest także uprawnione twierdzenie Odwołującego, iż Wykonawca eTravel S.A. dokonał przeniesienia kosztów podatku miejskiego. Jak wynika z punktu 2 na stronie 22 SIWZ, Opłaty transakcyjne brutto muszą obejmować rzeczywisty koszt realizacji poszczególnych rodzajów świadczonych usług, w tym przypadku rezerwacji hotelowych w kraju i za granicą, w szczególności: koszt rezerwacji i zakupu miejsca hotelowego/miejsca noclegowego, oferowanie wariantów Noclegów, koszty powtórzenia i zmiany rezerwacji, reklamacji, wszelkie dodatkowe opłaty typu kaucje, taksy zabezpieczające, opłaty klimatyczne i wszelkie inne koszty związane z należyтым wykonaniem Umowy. Oznacza to także, że również Zamawiający w opisie wymagań

dotyczących usługi noclegu wymagał, aby wliczona została także m.in. opłata klimatyczna. Powyższe oznacza, że Wykonawcy byli uprawnieni dokonywać kalkulacji opłat klimatycznych w ramach opłat za rezerwację noclegu hotelowego, tym bardziej gdy jest ona wliczona w cenę noclegu.

Ponadto w odniesieniu do zarzutu Odwołującego, zgodnie z którym opłata klimatyczna w Brukseli wynosi ponad 4 euro należy zauważyć, że również cena Odwołującego w ramach pozycji: cena jednostkowa – opłata transakcyjna za rezerwację noclegu w kraju oraz cena jednostkowa – opłata transakcyjna za rezerwację noclegu zagranicznego została skalkulowana w wysokości 10 złotych netto, co może stanowić kwotę niewystarczającą do pokrycia wskazywanego przez Odwołującego podatku miejskiego. Potwierdza to jedynie słuszność stanowiska Wykonawcy eTravel S.A., że podatek miejski nie jest wymagany zawsze, wszędzie i każdorazowo, a także może być kalkulowany indywidualnie, w sposób przewidziany w danym hotelu.

Odwołujący wskazywał także, że Zamawiający w § 1 ust. 6 wzoru umowy, w którym Zamawiający wprowadził definicję ceny wyjściowej. Zgodnie z tą definicją, za cenę wyjściową rozumie się cenę przed upustem uzyskaną za pośrednictwem systemów rezerwacyjnych, cenę wynegocjowaną z hotelem na podstawie zawartej umowy, cenę dnia obowiązującą w hotelu w dniu dokonywania rezerwacji podanej do publicznej wiadomości przez hotel np. w cennikach lub na stronie internetowej, w zależności od tego, która z tych cen jest najniższa. Wykonawca zobowiązany będzie na żądanie Zamawiającego udokumentować, że cena jest ceną wyjściową. Cena wyjściowa nie może przekroczyć ceny limitu zgodnie z załącznikiem dc OPZ oraz Rozporządzeniem Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej.

W ocenie Odwołującego oznacza to brak możliwości uzyskania jakiegokolwiek zysku bezpośrednio od hotelu, gdyż Wykonawca jest zobowiązany nie tylko sprzedawać ale również udzielać upustu od już wynegocjowanej na podstawie umowy hotelowej ceny lub od najkorzystniejszej ceny w swoim systemie. Odwołujący w trakcie rozprawy przedstawił przykładową umowę z hotelem (Orbis), tj. Ogólne warunki dokonywania rezerwacji i świadczenia usług hotelowych na rzecz klientów korporacyjnych. Odwołujący zwrócił uwagę na punkt II ust. 1, zgodnie z którym: „Ceny ustalone w złączniku nr 1 obejmuje standardowy pokój jednoosobowy lub dwuosobowy, ze śniadaniem, bez prowizji biur podróży lub agentów oraz bez opłaty miejscowej lub uzdrowskiej w miejscowościach, w których jest

wprowadzona, chyba że w treści Załącznika nr 1 wyraźnie przyjęto inne ustalenia.” Odwołujący sprecyzował, że powyższa umowa ukazuje sposób uzyskiwania prowizji przez wykonawcę, który polega na tym, że wykonawca uzgadnia cenę z określonym hotelem, jednocześnie sprzedając usługę Zamawiającego w wysokości „ceny dnia”. Natomiast jest to niezgodne z wymaganiami ww. paragrafu wzoru umowy.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń należy zauważyć, że przedstawiony przez Odwołującego dokument nie stanowi umowy, ale ogólne warunki. Jak wyjaśnił Przystępujący, nie prowadzi działalności na podstawie tylko ogólnych warunków umowy. W ocenie Izby dowód w postaci ogólnych warunków umowy nie stanowi potwierdzenia, że kalkulacja Przystępującego opiera się na niedozwolonych założeniach. Przede wszystkim przedłożony dokument to jedynie ogólne warunki umowy, które mogą zostać zmienione na mocy indywidualnie wynegocjowanych warunków z konkretnym kontrahentem, a nadto dotyczy jednego przykładowego hotelu. Nie jest natomiast znany szczegółowy sposób rozliczania pomiędzy Przystępującym a hotelami. Ponadto Przystępujący w punkcie 1.1.5 (na stronie 11) złożonych wyjaśnień opisał sposób, dzięki któremu ma możliwość zaoferowania niższych cen i nie jest to sposób, na jaki wskazywał Odwołujący.

Trafnie także podnosił Zamawiający, że sformułowanie zawarte w § 1 ust. 6 wzoru umowy będzie obowiązywało wykonawcę wybranego. Postanowienie to miało na celu ukrócenie pewnych dowolności kalkulacyjnych wykonawców i dowolności takie na etapie realizacji umowy nie będą mogły mieć miejsca.

Niezrozumiałe są twierdzenia Odwołującego zawarte w odwołaniu wskazujące na koszty, o jakich mówił Wykonawca eTravel S.A. w trakcie postępowania podczas rozprawy w postępowaniu odwoławczym o sygnaturze akt KIO 1937/20. Dokonał także własnych obliczeń w zakresie kosztów transakcji. Odwołujący w treści odwołania nie sformułował żadnych wniosków ani twierdzeń w związku ze wskazaną okolicznością. Trudno zatem odnieść się do okoliczności, które nie zostały rozwinięte przez samego Odwołującego.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że Odwołujący dokonał własnych obliczeń, które niekoniecznie muszą bazować na prawidłowej podstawie i danych przyjętych za podstawę przez Wykonawcę eTravel S.A. W zakresie takich różnic Wykonawca eTravel S.A. wskazywał chociażby na inny system operacyjny, inny czas realizacji usługi. Nie są także prawidłowe twierdzenia Odwołującego o przedstawieniu w sposób wybiórczy umów osób realizujących zamówienie. Do treści wyjaśnień Wykonawcy eTravel S.A. zostały załączone umowy osób wskazanych w treści wyjaśnień na stronie 13.

Dodatkowo należy zauważyć, że postępowanie na przedmiotowe usługi jest szczególne. Nie jest odosobniona sytuacja, w której Wykonawcy kalkulują usługi na poziomie 1 grosza, co potwierdza złożony przez Wykonawcę eTravel S.A. w trakcie rozprawy wyciąg z otwarcia ofert w kilku różnych postępowaniach, jak również złożony przez Wykonawcę eTravel S.A. formularz oferty złożony w uprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu (na kompleksową obsługę podróży służbowych krajowych i zagranicznych pracowników MSZ w zakresie rezerwacji i wykupu biletów lotniczych, kolejowych, rezerwacja i zakup usług hotelowych w kraju i za granicą), w którym Odwołujący zaoferował realizację usługi rezerwacji biletu lotniczego w cenie 1 grosz. Była to rezerwacja nie tylko biletu, ale w usłudze zawarty był także przewóz taksówką na lotnisko w obie strony. Świadczy to o tym, że Wykonawcy mają możliwość kalkulowania kosztów na takim poziomie, również dla Odwołującego nie była to kalkulacja zawierająca rażąco niską cenę.

Powyższe okoliczności oznaczają, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy eTravel S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) lub 6) ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również brak jest podstaw do uznania, że oferta tego Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ.

Bezzasadny jest zarzut Odwołującego dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy eTravel S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący nie wykazał, aby oferta Wykonawcy eTravel S.A. zawierała rażąco niską cenę. Jak wskazano powyżej, Wykonawca eTravel S.A. złożył wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny. Jak wskazał Zamawiający, wyjaśnienia zawierają odniesienie do każdej pozycji wskazanej w wezwaniu, określenie kosztów realizacji zamówienia oraz podstawy ich ustalenia, zysk Wykonawcy, a także uwzględnienie ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia publicznego. Przystępujący wskazał, że realizując zamówienie publiczne za ceny wskazane w formularzu ofertowym osiągnie zysk. Przystępujący załączył także szereg dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Zamawiający zwrócił także uwagę na okoliczność, że Przystępujący udowodnił również, iż podobne ceny za realizację poszczególnych usług w ramach przedmiotu zamówienia są oferowane w postępowaniach na świadczenie usług związanych z podróżami służbowymi (na co wskazują dowody stanowiące Załączniki 23 - 27 do wyjaśnień Przystępującego). W konsekwencji Zamawiający miał podstawy, aby ocenić, że Przystępujący nie zaoferował rażąco niskiej ceny.

Z kolei Odwołujący nie wykazał w treści odwołania, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest rażąco niska. Odwołujący, na co wskazano powyżej, przedstawił jedynie pewne założenia, które nie potwierdzają podnoszonych zarzutów.

W odniesieniu do podnoszonych twierdzeń Odwołującego dodatkowo należy wskazać, że Wykonawca eTravel S.A. odniósł się w treści wyjaśnień do tych okoliczności, które budziły wątpliwości Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego, w wyjaśnieniach nie uwzględniono wszystkich kosztów realizacji zamówienia publicznego, co nie znajduje potwierdzenia, biorąc pod uwagę całokształt wyjaśnień. Ponadto Przystępujący nie zaniżył kosztów pracowników. Wykonawca przedstawił w tym zakresie umowy o pracę. Zatem w świetle załączonych dowodów, a także wyjaśnień na stronie 12-15, zarzut rzekomego zaniżenia kosztów pracowników należy uznać za nietrafny.

Podobnie nietrafny jest zarzut zawyżenia wpływów, gdyż Przystępujący przedstawił szczegółowe wyliczenia w punktach 1.1.1.-1.1.5. wyjaśnień na stronach 5-11 oraz w świetle podsumowania zawartego na stronie 21 wyjaśnień, do których zostały załączone dowody.

Również nietrafne są zarzuty Odwołującego w odniesieniu do kosztów pośrednictwa wizowego, o czym mowa powyżej. Również w świetle punktu 1.1.4 wyjaśnień Przystępującego, nie są trafne zarzuty podniesione przez Odwołującego w odniesieniu do pośrednictwa ubezpieczeniowego (strona 10-11 wyjaśnień). Nie jest prawdziwe twierdzenie Odwołującego, że Przystępujący przedłożył mniejszą liczbę umów o pracę, niż była wymagana dla realizacji zamówienia, o czym świadczą wyjaśnienia na stronie 12-15 i załączone dowody.

Bezzasadny jest także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy eTravel S.A., który dopuścił się zaniżenia ceny ofertowej w celu osiągnięcia przewagi rynkowej lub nieuzasadnionej przewagi w postępowaniu.

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

Dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie wystarczy stwierdzenie, iż dany podmiot sprzedaje towary lub usługi poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, czy też je odsprzedaje poniżej kosztów zakupu. Konieczne jest dodatkowo wykazanie, że sprzedaż ma na celu eliminację innych przedsiębiorców.

Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek opisanych w ww. artykule. Nie opisał

szczegółowo, na czym miałyby polegać eliminacja innych przedsiębiorców z rynku przez Przystępującego przejawiająca się w złożeniu oferty.

Jak trafnie zauważył Zamawiający, w niniejszej sprawie nie można mówić o eliminacji Odwołującego z rynku, lecz co najwyżej o konkurowaniu różnych wykonawców w granicach przewidzianych przepisami prawa. Składanie różnych ofert cenowych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać za zjawisko dopuszczalne i powszechnie występujące na rynku zamówień publicznych.

Tym samym Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący:** .....