

WYROK
z dnia 2 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **WhyNotTravel Sp. z o.o., Sp. k., Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Politechnika Gdańska, ul. G. Narutowicza 11/12, 80-233 Gdańsk**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o.o., Sp. k., Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty wykonawcy Top Podróże Sp. z o.o. w związku z cofnięciem tego zarzutu przez odwołującego,
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Politechnikę Gdańską, ul. G. Narutowicza 11/12, 80-233 Gdańsk**, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **WhyNotTravel Sp. z o.o., Sp. k., Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn**, tytułem wpisu od odwołania,

- 3.2. zasądza od zamawiającego: **Politechnika Gdańska, ul. G. Narutowicza 11/12, 80-233 Gdańsk**, na rzecz odwołującego **WhyNotTravel Sp. z o.o., Sp. k., Kielnarowa 108A, 36-020 Tychyn**, kwotę **18 600 zł 00 gr** (osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztu uiszczanego wpisu od odwołania oraz zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Politechnika Gdańska, ul. G. Narutowicza 11/12, 80-233 Gdańsk, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa rezerwacji, sprzedaży i dostarczenia biletów lotniczych na potrzeby Politechniki Gdańskiej”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 października 2018 r., nr 2018/S 189-426664. W postępowaniu złożone zostały trzy oferty, w tym m.in. oferta wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o.o., Sp. k., Kielnarowa 108A, 36-020 Tuczyn (dalej: „WhyNotTravel” lub „odwołujący”). Pismem z dnia 6 grudnia 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu m.in. oferty wykonawcy WhyNotTravel na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W dniu 17 grudnia 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę WhyNotTravel, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie z postępowania odwołującego oraz wykonawcy Top Podróże Sp. z o.o. w sytuacji, gdy złożenie żadnej z ww. ofert nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, w której oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, a złożone wyjaśnienia potwierdzają, iż wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie w cenie określonej w ofercie.
- 3) wszystkich innych przepisów prawa, których naruszenie wynika z treści niniejszego odwołania.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje:

„W odniesieniu do zarzutu naruszenia 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie z Postępowania Odwołującego oraz Wykonawcy Top Podróże w sytuacji, gdy złożenie żadnej z ww. ofert nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji;

10) Przede wszystkim oferta Odwołującego nie zawiera zaniżonej ceny, tak więc w kontekście złożenia oferty przez Odwołującego nie można mówić o jakimkolwiek czynie nieuczciwej konkurencji odnoszącym się do zniżenia ceny. Wszystkie składniki ceny Odwołującego zostały ustalone na poziomie realnym i rynkowym - szerszą argumentację w tym zakresie Odwołujący przedstawił już w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oraz rozwija ją w odniesieniu do zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i wnosi o

uznanie tej argumentacji za immanentną część niniejszego zarzutu. Z ostrożności należy dodatkowo podkreślić, iż żaden agent IATA, a więc również Odwołujący, nie ma możliwości rezygnacji z prowizji otrzymywanej od linii lotniczej.

11) W odniesieniu do norm wynikających z art. 15 u.z.n.k. (przywołany przez Zamawiającego), trzeba podnieść, iż okoliczności faktyczne niniejszej sprawy wykluczają uznanie, którejkolwiek z przesłanek z art. 15 u.z.n.k. za spełnionych. Odwołujący proponuje wykonanie poszczególnych usług za cenę rynkową, która jednocześnie jest ceną realną. Niemniej, nawet gdyby Odwołujący zaproponował ceny poniżej kosztów wykonania usług, co nie ma miejsca w okolicznościach niniejszej sprawy to nie można by uznać, iż Odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 u.z.n.k. Zamawiający całkowicie pominął fakt, iż art. 15 u.z.n.k. dotyczy wyłącznie sytuacji, w której dany podmiot (i) utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku (ii) w celu ich eliminacji.

12) Dostęp do rynku: „Poprzez dostęp do rynku należy rozumieć w szczególności swobodę decydowania podmiotu o uczestniczeniu w obrocie, swobodę wejścia na rynek, prowadzenia na nim działalności oraz wolność podjęcia decyzji o jej zakończeniu w stosunku do danego rynku”, (tak.: Małgorzata Sieradzka (red.), Marcin Mioduszeński, Jarosław Sroczyński, Komentarz do art15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Stan prawny: 2016.01.01, LEX). Odwołujący nie ma narzędzi, które pozwalałyby mu na ograniczenie swobody wejścia na rynek zamówień publicznych, wyjścia z niego lub oferowania na nim swoich towarów, usług lub robót budowlanych pozostałym Wykonawcom w Postępowaniu. Tymczasem, jako rynek właściwy Zamawiający wskazuje właśnie rynek zamówień publicznych w ogólności;

13) Eliminacja przedsiębiorców: Należy zauważyć, iż w przepisie w art. 15 ust. 1 i 2 u.z.n.k. mowa o eliminacji przedsiębiorców. Oznacza to, iż tylko taka sprzedaż poniżej kosztów, która jest dokonywana w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku może być uznana za czyn nieuczciwej konkurencji. Tymczasem, Zamawiający zauważył, iż „finansowanie wynagrodzenia za usługi świadczone na rzecz Zamawiającego nie nastąpi z tytułu umowy zawartej z Zamawiającym”. Jest to twierdzenie nieprawdziwe, gdyż finansowanie usług, jak najbardziej nastąpi z tytułu wynagrodzenia z umowy zawartej z Zamawiającym ale jednocześnie stanowi przyznanie przez Zamawiającego, iż motywacją do działania tak Odwołującego, jak i Wykonawcy Top Podróże było osiągnięcie zysku, a nie eliminacja innych Wykonawców z Postępowania. Gdyby Izba uznała, iż takie przyznanie nie wystąpiło Odwołujący wskazuje, iż jego motywacją do uzyskania niniejszego zamówienia jest chęć osiągnięcia zysku, co jednoznacznie wynika również ze złożonych przez Odwołującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

14) Reasumując w stosunku do oferty Odwołującego nie zachodzi żadna z przesłanek określonych w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. ani w art. 15 u.z.n.k. Natomiast w stosunku do

oferty Wykonawcy Top Podróże nie zachodzi przynajmniej przesłanka działania w celu eliminacji przedsiębiorców.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, w której oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, a złożone wyjaśnienia potwierdzają, iż Wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie w cenie określonej w ofercie.

15) Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Zamawiający powziął wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia, za cenę jednostkową opłaty transakcyjnej na poziomie 0,01 zł.

16) Wykonawca nie kwestionuje samego wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wystosowanego przez Zamawiającego. Jak wynika ze złożonych przez Odwołującego wyjaśnień średni koszt wystawienia jednego biletu lotniczego dla Zamawiającego przekracza kwotę opłaty transakcyjnej zaproponowaną przez każdego z Wykonawców w Postępowaniu, tak więc zdaniem Odwołującego wszyscy Wykonawcy powinni byli zostać wezwani do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

17) Odwołujący kwestionuje natomiast przedstawione powody wezwania - procentowa różnica pomiędzy składnikami ceny w ofertach Wykonawców, nie ma żadnego znaczenia dla wezwania do złożenia wyjaśnień wątpliwości w, co do składnika ceny. Odwołującego kwestionuje również odrzucenie oferty Odwołującego z tytułu rażąco niskiej ceny, w sytuacji, gdy jego oferta nie jest obciążona wadą rażąco niskiej ceny oraz złożył szerokie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny poparte dowodami, odnoszące się do faktu, iż:

- i. Zaproponowane przez Odwołującego ceny opłaty transakcyjnej odpowiadają standardom rynkowym;
- ii. 2/3 Wykonawców złożyło w Postępowaniu oferty z ceną opłaty transakcyjnej w wysokości 0,01;
- iii. Indywidualne możliwości Wykonawcy pozwalają na realizację zamówienia publicznego za cenę opłaty transakcyjnej 0,01 zł i osiągnięcie zysku z tego tytułu.

18) W zakresie iii. Wykonawca poza dowodami przedstawił szerokie wyjaśnienia oraz kalkulacje, z których jasno wynika, iż Wykonawca uzyska zysk z wykonania przedmiotu zamówienia. Co więcej, wbrew twierdzeniom Zamawiającego zysk ten będzie pochodził z wynagrodzenia wypłacanego przez Zamawiającego.

19) Wynagrodzenie Wykonawcy za realizację zamówienia podstawowego w Postępowaniu wynosi: 2 886 728,82 zł, a nie 71,75 zł. Wynika to z § 2 ust. 1 wzoru Umowy w związku z Rozdziałem XIII ust. 7 SIWZ, gdzie Zamawiający zaznaczył, iż kwota łączna kwota wynagrodzenia Wykonawcy będzie równa kwocie przeznaczonej na realizację zamówienia. Kwota przeznaczona na realizację zamówienia wynika z zamówienia podstawowego wynosi, zgodnie z informacją z otwarcia wynosi: 2 886 728,82. Kwota ta jest narzucana przez Zamawiającego.

20) Z kolei w § 2 ust. 4 Umowy Zamawiający przewidział, iż wynagrodzenie Wykonawcy obejmuje dwa składniki:

- i. cenę opłaty transakcyjnej;
- ii. cenę biletu.

21) Tymczasem w cenie biletu, znajduje się kwota zarezerwowana na prowizję dla agenta IATA lub utrzymanie sieci kasjerskiej linii lotniczej oraz opłata dla systemu GDS. Należy zauważyć, iż kwota ta jest niezmienna niezależnie od źródła zakupu.

22) Z prowizji od linii lotniczej oraz następnie od systemu GDS agent IATA nie może zrezygnować. Zamawiający nie tylko nie zabronił pozyskiwania prowizji od linii lotniczych, ale wręcz nakazał Wykonawcom uwzględnienie prowizji w kalkulacji ceny.

23) Wykonawca sprzedając bilet pobiera już wynagrodzenie za wystawienie biletu, dostawę biletu Zamawiającemu, przypominanie o zbliżających się terminach wykupu biletów, oferowanie wariantów połączenia, składanie ewentualnych odwołań i reklamacji do linii lotniczych i nie musi ponownie obciążać tą kwotą Zamawiającego. Wobec tego dla jednostek publicznych, które nie mają ponadstandardowych wymagań Wykonawca proponuje zazwyczaj najniższą możliwą opłatę transakcyjną. Niektórym Klientom Wykonawca jest nawet w stanie zaoferować upust.

24) Nie można stwierdzić, aby w okolicznościach niniejszej sprawy po stronie Odwołującego nastąpiło jakiegokolwiek zniżenie, któregośkolwiek ze składników ceny. Tym bardziej w ofercie Odwołującego nie doszło do zniżenia żadnego składnika ceny w sposób, który budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego za cenę określoną w Postępowaniu. Okoliczności te zostały jasno wykazana przez Odwołującego w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Pismem z dnia 28 grudnia 2018 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podniósł m.in.:

„1. Na wstępie stwierdzić należy, że Odwołujący, WhyNotTravel, nie posiada interesu prawnego w uwzględnieniu odwołania, w związku z czym w opinii Zamawiającego odwołanie powinno zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 179 ust. 1 Pzp, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony, który nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia i nie poniósł ani nie może ponieść szkody w wyniku potencjalnego naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego

- 1) WhyNotTravel nie jest podmiotem uprawnionym do złożenia odwołania w imieniu Top Podróże - jak to czyni w pkt. 4) i. swojego Odwołania,
- 2) WhyNotTravel nie posiada interesu prawnego w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Top Podróże jak to czyni w pkt. 4) i. swojego Odwołania.
- 3) WhyNotTravel nie posiada interesu, ponieważ nie poniósł ani nie może ponieść szkody w wyniku potencjalnego naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, zawartym w:

- a) pkt. 7) Odwołania, jego oferta nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą,
 - b) pkt. 8) Odwołania - zamówienie nie powinno zostać udzielone Odwołującemu.
- (...)

Numer oferty	Firma (nazwa) lub nazwisko oraz adres wykonawcy	opłata transakcyjna	bezpieczeństwo lotów	deklarowana liczba przedstawionych ofert przelotów	deklarowany czas przedstawienia ofert przelotów
1	WhyNotTravel Sp. z o.o. sp. komandytowa Kielnarowa 108a, 36-020 Tyczyn	71,75	411	5	1
2	TOP PODRÓŻE Sp. z o.o. ul. Plac Zwycięstwa 1 70-233 Szczecin	71,75	414	5	1
3	Biuro Podróży BRITAS Sp. o.o. al. Papieża Jana Pawła II 49a 70-415 Szczecin	30.637,25	414	5	1

Gdyby żadna z ofert nie została odrzucona, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w rozdziale Rozdział XIV SIWZ w oparciu o w/w parametry poszczególnym ofertom mogłyby zostać przyznane punkty w sposób następujący:

Numer oferty	Firma (nazwa) lub nazwisko oraz adres wykonawcy	Liczba punktów w kryterium opłata transakcyjna	Liczba punktów w kryterium bezpieczeństwo lotów	Liczba punktów w kryterium deklarowana liczba przedstawionych ofert przelotów	Liczba punktów w kryterium deklarowany czas przedstawieni a ofert przelotów	Łączna liczba punktów
1	WhyNotTravel Sp. z o.o. sp. komandytowa Kielnarowa 108a, 36-020 Tyczyn	50	24,81	10	15	99,81
2	TOP PODRÓŻE Sp. z o.o. ul. Plac Zwycięstwa 1 70-233 Szczecin	50	25	10	15	100
3	Biuro Podróży BRITAS Sp. o.o. al. Papieża Jana Pawła II 49a 70-415 Szczecin	0,00234	25	10	15	50 (po zaokrągleniu do 2 miejsc po przecinku - zgodnie z zapisami SIWZ)

Jak wyraźnie z powyższego zestawienia wynika, nawet gdyby żadna z ofert nie została odrzucona, WhyNotTravel nie miałaby możliwości uzyskania zamówienia, ponieważ jego oferta zostałaby sklasyfikowana na 2, a nie na 1 pozycji.

Odwołujący zatem nie posiada interesu prawnego, a poza tym nie poniósł ani nie może ponieść szkody w wyniku ewentualnego potencjalnego naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego. (...)

4. Z ostrożności Zamawiający wnosi też o oddalenie odwołania.

Jak wynika z treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty z dnia (str. 326-330 kopii dokumentacji), oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3) i 4) w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

1) Za zrealizowanie usługi rezerwacji, sprzedaży i dostarczenia biletów lotniczych na potrzeby Politechniki Gdańskiej w okresie 24 miesięcy Odwołujący zaoferował cenę 71,75 zł. Cena ta stanowi 0,2% kwoty przeznaczonej w okresie trwania umowy na sfinansowanie opłat transakcyjnych (35 764,30 zł., tj. wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług) oraz 0,7% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (10 260,22 zł.).

W trakcie analizy ofert Zamawiający powziął wątpliwości, czy za cenę 71,75 zł istnieje możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w dniu 23.11 2018 r. zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny.

Wykonawca - jak sam wskazał w pkt. 16 Odwołania, nie kwestionuje samego wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Kwestionuje natomiast (w pkt 17 Odwołania) powody wezwania.

Niezrozumiałe są określone w pkt. 17) Odwołania twierdzenia Odwołującego, że „procentowa różnica pomiędzy składnikami ceny w ofertach Wykonawców, nie ma żadnego znaczenia dla wezwania do złożenia wyjaśnień wątpliwości w, co do składnika ceny”.

Zamawiający wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wyjaśniał składników ceny - mimo, że w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp miałby do tego prawo - ale zaoferowaną za realizację zamówienia cenę 71,75 zł. (...)

3) W pkt. 18 Odwołania Odwołujący stwierdził, że uzyska zysk z wykonania przedmiotu zamówienia, co więcej, zysk ten będzie pochodził z wynagrodzenia wypłacanego przez Zamawiającego.

Stwierdzenie powyższe jest zarówno irracjonalne, absurdalne, jak też i nieuzasadnione. Twierdzenie to nie zostało poparte żadnymi argumentami, żadnymi dowodami. Stanowi zdanie, treść bez pokrycia w faktach.

Nie trzeba żadnych skomplikowanych wyliczeń matematycznych, aby nawet będąc laikiem uznać, że kwota 71,75 zł nie jest w stanie pokryć żadnych uzasadnionych kosztów Wykonawcy, a tym bardziej nie jest w stanie zapewnić mu jakiegokolwiek zysku.

4) Zgodnie z art. 2 pkt 1 ust. Ustawy Pzp, ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący wykazał ponad wszelką wątpliwość, że sfinansowanie wynagrodzenia za usługi świadczone na rzecz Zamawiającego nie nastąpi z wynagrodzenia z tytułu umowy zawartej z Zamawiającym. Cena wskazana w ofercie musi być zatem rażąco niska, skoro Odwołujący potrzebuje dodatkowych dochodów z innych źródeł aby sfinansować wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia na rzecz Zamawiającego.

WhyNotTravel w odpowiedzi na wezwanie złożył m. in.

- a) wyciągi z umów z liniami lotniczymi,
- b) zestawienie obrotów za lata 2014-2017
- c) wyciągi z umów z operatorami systemów GDS,

oraz wykazał, jakie jest w stanie uzyskać hipotetyczne dodatkowe dochody z innych źródeł związane z realizacją zamówienia na rzecz Zamawiającego. (...)

Ponadto skoro odwołujący oferując opłaty transakcyjne na poziomie 5 groszy, miał na uwadze hipotetycznie możliwe do uzyskania zyski od przewoźników i w związku z tym dla niego istotny jest jedynie „obrót” tj. ilość dokonanych transakcji, twierdzenia Odwołującego, iż opłata ta pokrywa wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotowego zamówienia nie są prawdziwe, realne, zasadne i uczciwe. Wykonawca nie jest w stanie oszacować swojego zysku od przewoźników, ponieważ nie jest w stanie przewidzieć ilości i rodzaju połączeń, jakie zostaną zrealizowane w trakcie trwania umowy z Zamawiającym. SIWZ przewiduje rozliczenia w oparciu o faktycznie wykonany zakres usług na podstawie cen biletów przewoźników i jednostkowych opłat transakcyjnych za konkretnie zrealizowaną usługę. W świetle tak skonstruowanych zapisów SIWZ i umowy, Wykonawca powinien oszacować cenę oferty w sposób, który pozwoli mu pokryć koszty każdorazowej jednostkowej usługi, a nie w oparciu o zakładane, hipotetyczne, nieprzewidziane przyszłe dochody z innych źródeł.

5) Odwołujący w pkt. 19 odwołania podaje, że „Wynagrodzenie Wykonawcy za realizację zamówienia podstawowego w Postępowaniu wynosi: 2 886 728,82 zł, a nie 71,75 zł. Wynika to z § 2 ust. 1 wzoru Umowy w związku z Rozdziałem XIII ust. 7 SIWZ, gdzie Zamawiający zaznaczył, iż kwota łączna kwota wynagrodzenia Wykonawcy będzie równa kwocie przeznaczonej na realizację zamówienia. Kwota przeznaczona na realizację zamówienia wynika z zamówienia podstawowego wynosi, zgodnie z informacją z otwarcia wynosi: 2 886 728,82. Kwota ta jest narzucana przez Zamawiającego.”

W/w zapisy są absolutnie niezgodne z prawdą, wydaje się, że zostały ukierunkowane na wprowadzenie KIO w błąd.

Zamawiający wyraźnie i w oszacowaniu wartości zamówienia i w kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia rozgraniczył kwoty na zakup biletów i kwoty, które będą stanowiły wynagrodzenie Wykonawcy, i tak podczas otwarcia ofert podał następujące informacje:

Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (kwota, do której będzie realizowana umowa): 4 330.093,23 PLN, w tym: zamówienie podstawowe: 2.886.728,82 PLN, zamówienie objęte prawem opcji (50%): 1.443 364,41 PLN, w tym kwota przeznaczona na sfinansowanie opłat transakcyjnych: 35 764,30 PLN. (...)

Jak wynika z powyższych zapisów wzoru umowy, zapłata dla wykonawcy (§ 2 ust 3) obejmuje opłatę transakcyjną zgodną z oferta wykonawcy oraz cenę biletu wg taryfy przewoźnika. Wartości te zostały wyraźnie rozgraniczone. Zapłata dla Wykonawcy nie jest równoznaczna z wynagrodzeniem wykonawcy (§ 2 ust 1 i 2). Cena biletu wg taryfy przewoźnika nie stanowi wynagrodzenia wykonawcy.

Sugerowanie jakoby wynagrodzeniem wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu była kwota 2.886.728,82 zł jest nieuzasadnionym nadużyciem, niewynikającym z żadnego zapisu SIWZ i wzoru umowy. Jedynym uzasadnieniem zawarcia takich informacji w treści

odwołania jest chęć wprowadzenia KIO w błąd przez Odwołującego.

6) Odwołujący w pkt. 22 odwołania twierdzi, że Zamawiający nie tylko nie zabronił pozyskiwania prowizji od linii lotniczych ale wręcz nakazał Wykonawcom uwzględnienie prowizji w kalkulacji ceny.

Stwierdzenie powyższe uznać należy za absurdalne. Zamawiający formułując treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może wpływać na treść stosunków prawnych łączących wykonawców w obrocie gospodarczym z innymi podmiotami. Zamawiający nie może ani nakazać ani zakazać pozyskiwania prowizji od innych podmiotów. Są to umowy całkowicie niezależne od ewentualnego stosunku prawnego, który związałby Zamawiającego z którymkolwiek z wykonawców.

Odwołujący manipuluje słowami, sugerując, że Zamawiający nakazał wykonawcom uwzględnienie prowizji w kalkulacji ceny.

W Rozdziale XIII SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny Zamawiający w ust. 1 ustalił, że:

1. Cena oferty musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytego wykonania zamówienia, w tym m.in. koszty związane z wystawieniem i dostarczeniem biletów do siedziby Zamawiającego. Ceny powinny obejmować wynagrodzenie za wszystkie obowiązki Wykonawcy, niezbędne do zrealizowania zakresu objętego przedmiotem postępowania, zgodnie z ogólnymi i szczegółowymi warunkami umowy. Wykonawca zobowiązany jest skalkulować cenę oferty tak, aby obejmowała wszystkie koszty konieczne dla właściwego zrealizowania przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z powyższego zapisu, Zamawiający nakazał potencjalnym Wykonawcom uwzględnić w cenie oferty wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytego wykonania zamówienia oraz wynagrodzenie za wszystkie obowiązki Wykonawcy, niezbędne do zrealizowania zakresu objętego przedmiotem postępowania, zgodnie z ogólnymi i szczegółowymi warunkami umowy.

Zamawiający nigdzie zaś nie wymagał, aby Wykonawca był zobowiązany do pomniejszenia ponoszonych przez siebie kosztów o dodatkowe dochody, np. prowizje uzyskiwane od podmiotów trzecich z tytułu realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego. (...)"

W trakcie posiedzenia odwołujący cofnął zarzut dotyczący odrzucenia oferty wykonawcy Top Podróże. Postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlega umorzeniu na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa rezerwacji, sprzedaży i dostarczenia biletów lotniczych na potrzeby Politechniki Gdańskiej. Zgodnie z rozdziałem III pkt 2 - 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”):

- 2) Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie doradztwa, rezerwacji, sprzedaży i dostarczania krajowych i międzynarodowych biletów lotniczych na potrzeby Politechniki Gdańskiej od dnia zawarcia umowy przez 24 miesiące.
- 3) Przewiduje się w okresie 2 lat: 205 przelotów krajowych oraz 1230 przelotów międzynarodowych. Pod nazwą „jeden bilet” należy rozumieć bilet na trasie „tam i z powrotem”. Zamawiający zastrzega możliwość zakupu biletów „w jedną stronę”.
- 4) W niniejszym postępowaniu Zamawiający przewiduje skorzystanie z prawa opcji polegającego na ewentualnym zwiększeniu zamówienia o 50% usług objętej przedmiotem niniejszego zamówienia.
- 5) Ilości poszczególnych rezerwacji zostały podane szacunkowo dla potrzeb porównania ofert i nie są wiążące dla Zamawiającego. Zamawiający zastrzega sobie prawo do niezrealizowania przedmiotu zamówienia z całości, bez konieczności zmiany umowy. Wykonawca nie będzie wysuwał z tego tytułu żadnych roszczeń wobec Zamawiającego.

Zgodnie z rozdziałem XIII pkt 1 – 2 i 6 - 7 siwz:

- 1) Cena oferty musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytego wykonania zamówienia, w tym m.in. koszty związane z wystawieniem i dostarczeniem biletów do siedziby Zamawiającego. Ceny powinny obejmować wynagrodzenie za wszystkie obowiązki Wykonawcy, niezbędne do zrealizowania zakresu objętego przedmiotem postępowania, zgodnie z ogólnymi i szczegółowymi warunkami umowy. Wykonawca zobowiązany jest skalkulować cenę oferty tak, aby obejmowała wszystkie koszty konieczne dla właściwego zrealizowania przedmiotu zamówienia.
- 2) Koszt opłaty transakcyjnej jest kwotą doliczaną przez Wykonawcę do końcowej ceny usługi, i będzie wykazany na fakturze jako odrębna pozycja.
- 6) Zamawiający zastrzega, że poszczególne opłaty transakcyjne jednostkowe muszą być wyższe niż 0 zł i określone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, w PLN. Brak wyceny lub wycena którejkolwiek ze składowych opłaty transakcyjnej na 0,00 zł, będzie stanowić podstawę do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89. ust. 1 pkt 1) ustawy, w związku z art. 2 pkt 13 ustawy.

Zamawiający wymaga aby wartość opłaty transakcyjnej z tytułu sprzedaży biletu lotniczego, jaką zadeklaruje Wykonawca, była stawką rynkową, obejmującą rzeczywisty koszt realizacji zamówienia jednostkowego.

- 7) Umowa z wyłonionym Wykonawcą będzie realizowana do wysokości kwoty wskazanej w umowie jako kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia.

Zgodnie z § 2 projektu umowy:

1. Strony ustalają, że wynagrodzenie umowne (bez prawa opcji), zgodnie z ofertą z dnia wynosi brutto:zł słownie:

2. Za wykonanie przedmiotu umowy objętego prawem opcji w wysokości 50% zamówienia podstawowego ustala się cenę w kwocie brutto:zł słownie:

Zasady rozliczeń opcji będą takie same jak zasady rozliczeń zamówienia podstawowego.

3. Ostateczne wynagrodzenie Wykonawcy zależy od ilości faktycznie zakupionych biletów w okresie obowiązywania umowy. Jeżeli w okresie obowiązywania umowy, kwota umowna podana w ust. 1 nie zostanie w pełni zrealizowana, Wykonawca nie będzie wysuwał z tego tytułu żadnych roszczeń wobec Zamawiającego.

4. Zapłata dla Wykonawcy za każdy wydany Zamawiającemu bilet obejmuje:

a) opłatę transakcyjną w stałej wysokości brutto zgodnie z ofertą Wykonawcy z dnia, która obejmuje m. in. koszt rezerwacji i wystawienia biletu (nie wlicza się kosztu biletu wynikającego z taryfy przewoźnika), dostawę biletu Zamawiającemu, przypominanie o zbliżających się terminach wykupu biletów, oferowanie wariantów połączenia, składanie ewentualnych odwołań i reklamacji do linii lotniczych.

b) cenę biletu wg taryfy przewoźnika (w tym opłaty i podatki lotniskowe).

5. Opłata transakcyjna za międzynarodowy bilet lotniczy zgodnie ze złożoną ofertą wynosi: zł brutto, słownie zł,

6. Opłata transakcyjna za krajowy bilet lotniczy zgodnie ze złożoną ofertą wynosi: zł brutto, słownie zł,

7. Umowa realizowana będzie do kwoty, jaką Zamawiający wskazał jako kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, tj. do wartości zł.

8. W przypadku skorzystania z prawa opcji, kwota wskazana w ust. 7 zostanie zwiększona o 50%, tj. do wartości zł.

Zgodnie z § 3 pkt 3 projektu umowy: Zamawiającemu przysługuje prawo porównywania cen biletów lotniczych oferowanych przez Wykonawcę, z cenami biletów lotniczych oferowanych przez inne biura lub przez przewoźników w sprzedaży bezpośredniej, w tym przez Internet. W przypadku stwierdzenia niekorzystnej różnicy w cenie biletu lotniczego oferowanego przez Wykonawcę w stosunku do ceny biletu

oferowanego przez inne biuro lub przez przewoźnika (bilet droższy u Wykonawcy) - Wykonawca zobowiązany jest do realizacji zamówienia po korzystniejszej cenie. Podstawą realizacji zamówienia po korzystniejszej cenie jest przedstawienie Wykonawcy potwierdzenia oferty przedstawiającej korzystniejsze warunki. Porównywane oferty muszą pochodzić z tego samego dnia.

Zgodnie z rozdziałem XIV siwz zamawiający przewidział następujące kryteria oceny ofert:

- 1) opłata transakcyjna (LO) - 50 %,
- 2) liczba obsługiwanych pasażerskich linii lotniczych znajdujących się w rejestrze IATA Operational Safety Audit (IOSA), u których Wykonawca może dokonać rezerwacji i zakupu biletów dla Zamawiającego (LL) - 25%,
- 3) deklarowana liczba przedstawionych ofert przelotów w danym terminie (LP) -10 %
- 4) deklarowany czas przedstawienia ofert przelotów w danym terminie od momentu otrzymania zgłoszenia (LT) -15 %.

W postępowaniu złożono trzy oferty z opłatami transakcyjnymi:

- WhyNotTravel – 71,75 zł,
- Top Podróże – 71,75 zł.
- Britas – 30.637,25 zł.

Ogólna wartość szacunkowa zamówienia (bez opcji) wynosi 2.878.843,70 zł. Przy czym kwota przeznaczona na sfinansowanie opłat transakcyjnych wynosi 35.764,30 zł. Średnia arytmetyczna ofert w zakresie opłaty transakcyjnej wynosi 10.260,25 zł. Z powyższego wynika, że oferta WhyNotTravel w zakresie opłaty transakcyjnej stanowi ok. 0,2% kwoty przeznaczonej na sfinansowanie opłaty transakcyjnej oraz ok. 0,7% średniej arytmetycznej ofert.

Odwołujący WhyNotTravel w następujący sposób przedstawił w formularzu ofertowym cenę swojej oferty:

„Wartość opłat transakcyjnych za realizację zamówienia podstawowego zgodnie z poniższym zestawieniem wynosi: 71,75 PLN brutto.

L.p.	Składowe opłaty transakcyjnej	Cena brutto (PLN):
1	Koszt wystawienia i dostarczenia biletu krajowego	0,01
2	Koszty związane z obsługą rezerwacji na przelot krajowy	0,01
3	Koszty dostarczenia faktury za przelot krajowy	0,01
4	Koszty zmiany rezerwacji, koszty anulacji, koszty reklamacji dot. przelotu krajowego	0,01
5	Pozostałe nieujęte powyżej (m.in. ewentualna opłata za odprawę, prowizja, itp.) dot. przelotu krajowego	0,01

6	Razem (1+2+3+4+5):	0,05
7	Zakładana liczba biletów krajowych w okresie trwania umowy (bez prawa opcji)	205
8	8=6x7	10,25
9	Koszt wystawienia i dostarczenia biletu międzynarodowego	0,01
10	Koszty związane z obsługą rezerwacji na przelot międzynarodowy	0,01
11	Koszty dostarczenia faktury za przelot międzynarodowy	0,01
12	Koszty zmiany rezerwacji, koszty anulacji, koszty reklamacji dot. przelotu międzynarodowego	0,01
13	Pozostałe nieujęte powyżej (m.in. ewentualna opłata za odprawę, prowizja, itp.) dot. przelotu międzynarodowego	0,01
14	Razem (9+10+11+12+13):	0,05
15	Zakładana liczba biletów międzynarodowych w okresie trwania umowy (bez prawa opcji)	1230
16	16=14x15	61,50
17	WARTOŚĆ OPŁAT TRANSAKCYJNYCH - SUMA (17=16+8)	71,75

Pismami z dnia 23 listopada 2018 r., działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wezwał wykonawców WhyNotTravel oraz Top Podróże do złożenia wyjaśnień dotyczących cen ich ofert. W szczególności zamawiający zwrócił się o złożenie wyjaśnień w zakresie następujących elementów:

- 1) koszty wynikające z obowiązujących przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym - związane z wymaganiami Zamawiającego, aby przedmiot zamówienia realizowany był przy pomocy co najmniej 2 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę;
- 2) koszty związane z ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na pełen zakres przedmiotu umowy na kwotę nie mniejszą niż 100.000 zł;
- 3) koszty rezerwacji i wystawienia biletu,
- 4) koszty związane z oferowaniem 4 wariantów połączenia w ciągu 1 godziny,
- 5) koszty związane z dostawami biletów Zamawiającemu, przypominaniem o zbliżających się terminach wykupu biletów, składaniem ewentualnych odwołań i reklamacji do linii lotniczych oraz reprezentowaniem Zamawiającego w sprawach reklamacyjnych,
- 6) koszty związane z pomocą organizacyjną dla osób delegowanych przez Zamawiającego w przypadkach losowego przedłużenia czasu podróży, odwołania rejsu itp., związaną z bezgotówkowym uzyskaniem noclegu, zmianą biletu lotniczego itp.,
- 7) koszty związane z zapewnieniem pomocy w korzystaniu z innych usług turystycznych tj. wynajem samochodów, rezerwacja hoteli, itp.,
- 8) Koszty związane z obsługą przez minimum dwie osoby dysponujące dwiema osobnymi numerami telefonów oraz z zapewnieniem dostępu 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu

do Helpdesku (Hotline) w języku polskim, obsługiwanego przez osobę posiadającą dostęp do systemu rezerwacyjnego i wystawionych biletów,

9) koszty związane ze sporządzaniem miesięcznych raportów z wystawionych faktur za bilety lotnicze,

10) koszty związane z przeprowadzeniem szkolenia w formie warsztatów na terenie Politechniki Gdańskiej z obsługi narzędzia online oraz z zapewnieniem niezbędnego wsparcia w tym zakresie przez cały okres realizacji umowy.

Zamawiający dodał: „W szczególności Zamawiający wymaga wyjaśnienia i wykazania, w jaki sposób w okresie 24 miesięcy realizacji umowy Wykonawca pokryje koszty związane z realizowaną na rzecz zamawiającego usługą o zakresie przedmiotowym określonym w SIWZ i we wzorze umowy z kwoty wskazanego w ofercie wynagrodzenia w wysokości 71,75 zł”.

Pismem z dnia 29 listopada 2018 r. odwołujący WhyNotTravel złożył wyjaśnienia, których obszerną i najważniejszą merytorycznie część zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 6 grudnia 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu ofert WhyNotTravel oraz Top Podróże. Zamawiający wskazał w szczególności:

„Oferty w/w Wykonawców zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3) i 4) w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zawierają rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W/w Wykonawcy za zrealizowanie usługi rezerwacji, sprzedaży i dostarczenia biletów lotniczych na potrzeby Politechniki Gdańskiej w okresie 24 miesięcy zaoferowali cenę 71,75 zł. Cena ta stanowi 0,2% kwoty przeznaczonej w okresie trwania umowy na sfinansowanie opłat transakcyjnych (35 764,30 zł., tj. wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług) oraz 0,70% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (10 260,22 zł.). (...)

W wyniku analizy udzielonych wyjaśnień Zamawiający doszedł do przekonania, że obydwaj wykonawcy nie są w stanie sfinansować wszelkich kosztów realizacji całego zakresu zamówienia w okresie 24 miesięcy za cenę 71,75 zł. Zgodnie z art. 2 pkt. 1 ust. Ustawy Pzp, ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W złożonych wyjaśnieniach Wykonawcy wykazali wyraźnie, że sfinansowanie wynagrodzenia za usługi świadczone na rzecz Zamawiającego nie nastąpi z wynagrodzenia z tytułu umowy zawartej z Zamawiającym.

W przekonaniu Zamawiającego zaoferowanie w przedmiotowym postępowaniu opłaty transakcyjnej na poziomie 0,05 zł, co daje cenę oferty równą 71,75 zł stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2018, poz. 419 ze zm.), dalej uznk, polegającym na naruszeniu interesów innych wykonawców. Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Art. 15 ust. 1 uznk zawiera uszczegółowienie zasady wskazanej w art. 3 ust. 1 ww. ustawy i stanowi, iż 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 odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Ponadto, jak wynika z treści art. 15 ust. 2 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru, jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszenie zakupu towarów lub usługi i określonego przedsiębiorcy. Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu, o czynie nieuczciwej konkurencji może być mowa w przypadku, gdy na skutek zachowań opisanych w art. 15 ww. ustawy doszło do utrudnienia dostępu do rynku. Ustalanie ceny poniżej kosztów zagraża interesom innego przedsiębiorcy, prowadzi do jego eliminacji z rynku.

Celem zastosowania art. 15 ust. 1 uznk w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest ochrona wykonawców przez zapewnienie im dostępu do tego postępowania. W Pzp termin "utrudnianie dostępu do rynku" jest rozumiany jako utrudnianie prowadzenia działalności gospodarczej innym przedsiębiorcom (Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 610/10). Jako utrudnianie dostępu do zamówienia publicznego należy kwalifikować takie zachowanie, które naruszają mechanizm uczciwej konkurencji. Celem złożenia przez wykonawcę oferty jest w tej sytuacji samo zdobycie zamówienia publicznego i wyeliminowanie innych wykonawców z dostępu do zamówienia publicznego. Pojęcie "dostęp do rynku zamówień publicznych" należy rozumieć szeroko jako swobodę wejścia na rynek, wyjścia z niego, a przede wszystkim jako możliwość oferowania na nim swoich towarów, usług lub robót budowlanych (wyrok SA w Warszawie z dnia 10 kwietnia 2013 r., I ACa 1173/12)

Zamawiający stwierdził, że nie ma możliwości zawarcia wszystkich kosztów związanych z realizacją pełnego zakresu usług wskazanych w SIWZ za cenę 71,75 zł. W przekonaniu Zamawiającego zaoferowanie takiej ceny, wynikającej z ceny jednostkowej 0,05 zł. stanowi działanie zagrażające interesom przedsiębiorców, którzy wycenili usługę na rzecz zamawiającego na kwoty realne, rzeczywiste, wynikające z realnej wartości świadczenia, a

którzy z uwagi na działania Wykonawców, których oferty zostały odrzucone, znaleźli się w gorszej sytuacji w trakcie oceny ofert.

Sposób kalkulacji ceny na poziomie 0,05 zł. w ocenie Zamawiającego zmierzał do zdobycia przewagi konkurencyjnej poprzez zastosowanie zabiegu stwarzającego sztuczną przewagę. Na rynku sprzedaży biletów lotniczych każdy potencjalny wykonawca znajduje się w podobnej potencjalnej sytuacji i sytuacja żadnego z nich nie jest tak wyjątkowa, żeby zrezygnować z należnego mu wynagrodzenia z tytułu realizacji zamówienia publicznego, które wg definicji Ustawy Pzp jest umową odpłatną. Wynagrodzenie z tytułu realizacji umowy na poziomie 71,75 zł. jest umową tylko pozornie odpłatną - miesięczne wynagrodzenie wykonawcy wynosi zaledwie 2,98 zł.

Biorąc pod uwagę w/w argumenty, Zamawiający stwierdza, że działania w/w Wykonawców wypełniają znamiona czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 ust. 1 pkt. 1 uznk, tj. utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

W związku z powyższym oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89. ust. 1 pkt. 3 gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do wniosku o odrzucenie odwołania i kwestii wystąpienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienia po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego, Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Po pierwsze, należy zauważyć, że podniesiony przez zamawiającego brak interesu odwołującego we wniesieniu odwołania, może być ewentualnie podstawą do oddalenia odwołania, nie zaś do jego odrzucenia. Powyższe potwierdza ustalona linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyrok z dnia 22.05.2017 r. o sygn. akt KIO 921/17,

w którym stwierdzono: „Rozpoznając odwołanie, Izba dokonała w pierwszej kolejności badania spełnienia przez Odwołującego przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. kwestii posiadania legitymacji do wniesienia odwołania. Posiadanie legitymacji czynnej przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej podlega badaniu przez Izbę z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. Stwierdzenie braku legitymacji do wniesienia środków ochrony prawnej prowadzi do oddalenia odwołania, a nie jest przesłanką formalną skutkującą odrzuceniem odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp. Ponadto, stwierdzenie niewykazania przesłanek materialnoprawnych warunkujących korzystanie ze środków ochrony prawnej skutkuje oddaleniem odwołania bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w odwołaniu”.

Po drugie, odnosząc się do kwestii posiadania przez odwołującego interesu w zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia jego oferty, należy zauważyć, że zgodnie z dokumentacją postępowania i odpowiedzią zamawiającego na odwołanie, gdyby żadna z trzech złożonych ofert nie została odrzucona, oferty te uzyskałyby następującą ilość punktów w ramach kryteriów oceny ofert:

- Top Podróże – 100 pkt,
- WhyNotTravel – 99,81 pkt,
- Britas – 50 pkt.

Oznacza to, że w hipotetycznej sytuacji braku odrzucenia jakiegokolwiek oferty, oferta odwołującego WhyNotTravel sytuowałaby się dopiero na drugim miejscu w rankingu ofert. Zauważyć jednak należy, że w rzeczywistości zamawiający odrzucił ofertę WhyNotTravel oraz Top Podróże. Tym samym w rzeczywistej sytuacji, gdy oferta wykonawcy Top Podróże została odrzucona i odrzucenie to nie zostało zakwestionowane (nie zostało w tym zakresie skutecznie wniesione odwołanie), oferta odwołującego, w przypadku uwzględnienia odwołania, w świetle kryteriów oceny ofert mogłaby potencjalnie zostać uznana za najkorzystniejszą. W konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego odbiera mu szansę na uzyskanie zamówienia, czyli powoduje, że może on ponieść szkodę w postaci niezyskania tego zamówienia. Biorąc zatem pod uwagę sytuację, jaka kształtuje się w postępowaniu po odrzuceniu oferty wykonawcy Top Podróże, należy uznać, że odwołujący ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz może ponieść szkodę z powodu odrzucenia przez zamawiającego jego oferty. W związku z tym Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty odwołującego, odwołanie nie podlega oddaleniu z powodu braku interesu odwołującego.

Izba stwierdziła ponadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 1) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 2) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ad. 1) Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018r. poz. 419 ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ponadto zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 tej ustawy 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, a także działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Ad. 2) Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś 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.

Odnosząc się do kwestii ceny (opłaty transakcyjnej) zaoferowanej przez odwołującego, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na specyfikę usługi, która jest przedmiotem zamówienia. Jak wynika z wyjaśnień odwołującego przedstawionych na rozprawie i niekwestionowanych przez zamawiającego, wykonawcy funkcjonujący na tym rynku, będący agentami IATA, mają co do zasady umowy zawarte z liniami lotniczymi i operatorami systemów GDS, na podstawie których otrzymują upusty / prowizje od cen biletów. Wysokość upustów / prowizji zależy głównie od obrotów danego wykonawcy: im wyższe obroty, tym korzystniejsze dla tego wykonawcy umowy. W związku z tym, cena biletu zapłacona przez zamawiającego, przy uwzględnieniu uzyskanego przez wykonawcę upustu / prowizji, może pozwolić wykonawcy pokryć w całości lub w części koszty wykonania usługi i osiągnąć zysk, zaś opłata transakcyjna od zamawiającego jest zyskiem dodatkowym. Tym samym, im większe są upusty / prowizje przysługujące wykonawcy na podstawie umów zawartych z liniami lotniczymi i operatorami systemów GDS, tym większą ma on możliwość zmniejszenia żądanej opłaty transakcyjnej. Wykonawcy posiadający najkorzystniejsze umowy są w stanie pokryć koszty i osiągnąć zysk z samych upustów / prowizji na każdym bilecie.

Ponadto, należy stwierdzić, że rażąco niska cena to przede wszystkim taka cena, za którą niemożliwe jest wykonanie należycie zamówienia. Należy także podkreślić, że zamawiający w niniejszym postępowaniu nie zakazał korzystania przez wykonawców z zewnętrznych źródeł finansowania.

Zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty i odwołujący złożył wyjaśnienia, z których - w ocenie Izby – wynika, że za podaną w ofercie cenę możliwe jest należyte wykonanie tego zamówienia. Odwołujący zastrzegł przy tym przedstawione przez siebie wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym niniejszy wyrok nie może zawierać szczegółowej argumentacji opartej na wyjaśnieniach odwołującego i musi mieć w tym zakresie charakter ogólny.

Niemniej jednak Izba ustaliła, że w ramach ww. wyjaśnień odwołujący podał główne źródła przysługujących mu upustów / prowizji, procentową wysokość tych upustów / prowizji, kwotową wysokość prowizji na przykładowym bilecie oraz wymienił otrzymywane różne dodatkowe benefity. Dodatkowo do wyjaśnień odwołujący dołączył dowody w postaci m.in. wyciągów z zawartych przez niego umów oraz rachunków zysków i strat za lata 2014 – 2017. Wyliczenia i dowody zawarte w wyjaśnieniach odwołującego pozwalają na stwierdzenie, że faktycznie korzystając z upustów / prowizji w ramach ceny biletu (płaconej przez zamawiającego) może on wykonać niniejsze zamówienie i osiągnąć zysk, do tego dokładając zysk w postaci opłaty transakcyjnej od zamawiającego. Tym samym, po analizie ww. wyjaśnień, Izba uznała, że wskazana w ofercie opłata transakcyjna nie uniemożliwia odwołującemu należytego wykonania zamówienia.

Należy także zwrócić uwagę na część dowodów przedłożonych przez odwołującego na rozprawie (zestawienia ofert, informacje o wyborze oferty, referencje), z których wynika, że w trzech innych postępowaniach prowadzonych przez innych zamawiających oferował on opłatę transakcyjną w wysokości 1 grosza i posiada od tych zamawiających referencje potwierdzające, że należycie wykonał usługi. Z dowodów tych wynika także, że również inni wykonawcy na rynku oferują opłaty transakcyjne w wysokości 1 grosza. Potwierdza to, że tak niskie opłaty transakcyjne są ceną występującą na omawianym rynku.

W konsekwencji, biorąc pod uwagę specyfikę rynku biletów lotniczych, wyjaśnienia odwołującego i złożone przez niego na rozprawie dowody, Izba uznała, że nie ma podstaw do stwierdzenia, że cena w ofercie odwołującego jest rażąco niska i że oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do kwestii odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, należy zauważyć, że powodem odrzucenia było zaniżenie ceny tej oferty. W związku z ustaleniem przez Izbę, że cena oferty odwołującego nie jest rażąco niska, w okolicznościach niniejszej sprawy nie można podzielić stanowiska zamawiającego, że odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Nie zostało także w tej sprawie udowodnione, że odwołujący działał sprzecznie z prawem lub dobrymi obyczajami w sposób zagrażający lub naruszający interes innego przedsiębiorcy oraz że działał w celu utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku lub w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

W związku z tym nie ma podstaw do stwierdzenia, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący