

Sygn. akt: KIO 1530/18

WYROK
z dnia 21 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k., Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Uniwersytet Łódzki, ul. Narutowicza 68, 90-136 Łódź,**

przy udziale przy udziale wykonawcy **Bis Biuro Podróży LCC A.S. Spółka jawna, Al. Kościuszki 27, 90-418 Łódź** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k., Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn**, i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k., Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od Odwołującego - **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k., Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn**, na rzecz Zamawiającego - **Uniwersytet Łódzki, ul. Narutowicza 68, 90-136 Łódź**, kwotę 3 600,00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów reprezentacji przed Izbą.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Uniwersytet Łódzki, ul. Narutowicza 68, 90-136 Łódź, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług w zakresie rezerwacji, wystawiania, sprzedaży i sukcesywnej dostawy biletów lotniczych na trasach międzynarodowych na potrzeby Uniwersytetu Łódzkiego”. Wartość postępowania przenosi kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15.06.2018 r. pod numerem 2018/S 113-257298, a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

W dniu 23 lipca 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k., Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn (dalej również jako Odwołujący) o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Od tej czynności, w dniu 2.08.2018 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, ze względu na odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a Zamawiający nie wskazał, które zapisy SIWZ miałyby oferta Odwołującego naruszać;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ze względu na odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż nie zawiera ona rażąco niskiej ceny;
3. art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niepoinformowanie Odwołującego o powodach odrzucenia oferty, gdyż Zamawiający ograniczył się do przedstawienia dwóch przepisów, 5 strony OPZ i stanu faktycznego oraz kilku okoliczności faktycznych, zaniechał natomiast przyporządkowania okoliczności faktycznych do przepisów prawa i wskazania w jaki sposób okoliczności faktyczne przesądzają o niezgodności treści oferty z SIWZ lub o rażąco niskiej cenie oferty;
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dążenie przez Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego oraz do wyboru Wykonawcy, który obecnie współpracuje z Zamawiającym,

oraz wszystkich innych przepisów prawa, których naruszenie wynika z treści odwołania.

W oparciu o powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- ewentualnie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jeżeli taka czynność zostałaby podjęta przez Zamawiającego do dnia rozstrzygnięcia odwołania.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający pismem z dnia 10.07.2018 r. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał go do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny jednostkowej brutto opłaty prowizyjnej za wystawienie biletu lotniczego na trasie międzynarodowej oraz czynności związanych z obsługą rezerwacji i dostarczania biletów, w szczególności w zakresie określonym w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący informuje, że Zamawiający zarówno w SIWZ jak i w wezwaniu zastrzegł, iż zgodnie z wyrokiem KIO 1649/12 z dnia 17.08.2012 r. nie będą traktowane jako szczególnie korzystne warunki wykonania zamówienia: otrzymywanie prowizji od sprzedaży biletów, prowizji od zrealizowania określonych planów sprzedażowych w liniach lotniczych i wysokość budżetu marketingowego otrzymywanego od systemu rezerwacyjnego, dostarczanie biletów drogą elektroniczną, doświadczenie i umiejętności kadry wykonawcy, rozbudowaną sieć teleinformatyczną, linie telefoniczną czynną 24h/7 dni w tygodniu, dostępność narzędzi pracy poza godzinami pracy biura, ugruntowaną pozycję na rynku sprzedaży biletów lotniczych. Zamawiający wniosek o wyjaśnienia uzasadniał okolicznością, iż Odwołujący zaoferował cenę jednostkową brutto opłaty prowizyjnej za wystawienie jednego biletu lotniczego w wysokości 3,77 zł, która to cena jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Odwołujący dnia 12.07.2018 r. odnosząc się do ww. wezwania udzielił Zamawiającemu wyczerpujących, w swojej ocenie, wyjaśnień w których powołał argumenty: a) statystycznie jedno z najniższych w kraju kosztów pracy wynikające z lokalizacji Odwołującego, b) dysponowanie na własność lokalem biurowym o powierzchni 800m², c) Posiadanie autorskich dedykowanych rozwiązań utworzonych w ramach dotacji z Unii Europejskiej, d) brak zaoferowania platformy internetowej której wykonanie znacząco wpływałoby na wzrost ceny oferty, e) rynkowy charakter zaproponowanej przez Odwołującego ceny (Odwołujący podkreśla, że w większości przypadków ceny oferowane przez

Wykonawców przy zamówieniach o takiej samej wartości wynoszą ok. 0,01 gr brutto), f) okoliczność pominięta przez Zamawiającego - ponadprzeciętna wartość prowizji z od linii lotniczych oraz innych podmiotów. Odwołujący podnosi, że przywołał i opisał dowody oraz załączył kalkulację zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa - szczegółowo opisał koszty stałe poprzez podzielenie wartości umowy przez wartość swojego obrotu ze sprzedaży, następnie pomnożył osobno koszty wynagrodzeń oraz pozostałe koszty działalności gospodarczej, po czym dzieląc otrzymane wartości przez 12 uzyskał miesięczną wartość kosztów wykonania zamówienia, poinformował Zamawiającego o funkcjonowaniu u Odwołującego działu handlowego, generującego znacznie większe zyski niż dział zamówień publicznych przy jednoczesnym generowaniu mniejszych kosztów niż dział zamówień publicznych (tańsza obsługa klienta prywatnego oraz większe środki, jakie przeznacza on na usługi niż podmioty publiczne), załączył zanonimizowane umowy o pracę, w których to określone wynagrodzenie posłużyło mu do wyliczenia kosztów bezpośrednich sprzedaży biletu lotniczego, opisał charakter otrzymywanych od linii lotniczych prowizji, a ich wysokość potwierdził dołączając umowy z przewoźnikami lotniczymi.

Odwołujący informuje, że Zamawiający pismem z dnia 19.07.2018 r. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał do złożenia dodatkowych wyjaśnień oraz uszczegółowienia informacji zawartych w wyjaśnieniach poprzednio złożonych przez Odwołującego tj. o doprecyzowanie: - na podstawie jakiej umowy (umowa o pracę, umowa zlecenie) dysponuje on osobami (kasjerami lotniczymi), które zostały wskazane do realizacji zamówienia; jaki jest wymiar czasu pracy osób (kasjerów lotniczych) skierowanych do realizacji zamówienia; wyjaśnienia sformułowania użytego w kalkulacji „*dwóch pracowników na wyłączność (...) do realizacji umowy*”. W odpowiedzi na dodatkowe wezwanie Odwołujący 19.07.2018 r. wskazał, że dysponuje osobami, które zostały wskazane jako odpowiedzialne za realizację Umowy na podstawie umowy o pracę, wymiar czasu pracy osób (kasjerów lotniczych) skierowanych do realizacji zamówienia stanowi pełny etat, sformułowanie „*dwóch pracowników na wyłączność*” należy rozumieć, jako dwóch pracowników zatrudnionych na wyłączność przez Wykonawcę, tzn. takich, którzy nie świadczą usług konkurencyjnych wobec wykonawcy, ponadto jako dodatkowy dowód dołączył rachunek zysków i strat za rok 2017 dotyczący przedsiębiorstwa Odwołującego. Następnie Zamawiający pismem z dnia 23.07.2018 r. powiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący podnosi, że zgodnie ze stanowiskami wyrażonymi w doktrynie Zamawiający, przekazując wykonawcom informacje w zakresie określonym w art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne dla poszczególnych

dokonanych czynności. W informacji tej powinny być zatem wskazane okoliczności faktyczne i podstawa prawna dokonanych czynności, uzasadniająca prawidłowość ich podjęcia. Powołanie okoliczności faktycznych powinno być dokonane w sposób jasny i niebudzący wątpliwości. Wskazuje, że ponadto zamawiający zobowiązany jest do wyczerpującego wyjaśnienia przesłanek dokonanego rozstrzygnięcia oraz jednoznacznego wskazania wszystkich podstaw, na których oparł decyzję o wykluczeniu wykonawcy z dalszego postępowania przetargowego. Stanowisko zamawiającego powinno być wyrażone w sposób czytelny, umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek wykluczenia – powołuje się na wyrok KIO z 20.5.2011 r., KIO 961/11. Zdaniem Odwołującego „wyjaśnienie przesłanek” nie jest jedynie nieuporządkowanym przytoczeniem okoliczności faktycznych oraz przepisów ustawy. Podnosi, że Zamawiający zobowiązany był do podania elementów składowych normy w postaci przesłanek stosowanego przepisu ustawy i wskazania w jaki sposób one zachodzą wobec oferty Odwołującego, czego zaniechał. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający przekazał informację o odrzuceniu oferty Odwołującego na 7 stron, z czego pierwsze 3 stanowią przepisane OPZ, następne 2 zawierają opisanie stanu faktycznego. Przytoczenie okoliczności faktycznych, które mają uzasadniać odrzucenie oferty Odwołującego przedstawiono czterech punktach, do których, zdaniem Odwołującego, w żaden sposób nie przypisano normy prawnej. Podnosi, że Zamawiający zaniechał dokonania subsumpcji, co jego zdaniem stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp poprzez zaniechanie odpowiedniego wyjaśnienia powodów odrzucenia oferty. Wskazuje, że pokrywa się to również z poglądami wyrażonym w komentarzu do art. 92 ustawy Pzp, dotyczącymi przywołania podstawy prawnej. Zgodnie z tym poglądem, podanie jedynie przepisu, na podstawie którego ofertę odrzucono, nie spełnia warunku poinformowania wykonawcy o przyczynach odrzucenia oferty wykonawcy oraz podstawami faktycznymi wraz z subsumpcją (naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) przez brak podania faktycznego uzasadnienia odrzucenia oferty nie jest naruszeniem tylko formalnym, ale może mieć i przeważanie ma poważny wpływ na przebieg, a tym samym wynik postępowania. Wskazuje, że podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty i akuratne ich opisanie warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej względem takiej czynności. Wykonawcy mogą w odwołaniu sensownie podnieść zarzuty jedynie względem takich podstaw faktycznych czynności, które zostały im zakomunikowane przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Nie mogą podnosić zarzutów względem powodów odrzucenia ich oferty, których mogą się jedynie domyślać lub które zamawiający zakomunikował im na przykład dopiero w odpowiedzi na odwołanie czy na rozprawie, a uprzednio nie raczył wyrazić.

Podnosi, że między powołaniem podstaw prawnych odrzucenia, a opisaniem stanu faktycznego brakuje spójnika w postaci subsumpcji normy i stwierdzonego faktu, uzasadniającej prawidłowość podjęcia przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący zauważa, że z uwagi na zaniechanie Zamawiającego nie może zachować typowej struktury odwołania, gdzie każdy zarzut uzasadnia się osobno. Zamiast tego podejmuje polemikę z argumentacją Zamawiającego w sposób, który ma stanowić uzasadnienie zarówno naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W odniesieniu do przytoczenia w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego OPZ oświadcza, iż zapoznał się z tym dokumentem przed złożeniem oferty, a rzeczona oferta spełnia wymagania w nim zawarte. Odwołujący wskazuje, iż czynność Zamawiającego obejmuje wyłącznie te okoliczności faktyczne, na które Zamawiający powołał się w uzasadnieniu. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający odrzucając ofertę powinien był powołać wszelkie okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na konieczność odrzucenia oferty. Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie może dokonywać oceny oferty wykonawcy jedynie do momentu znalezienia przesłanki do jej odrzucenia, co wynika to wprost z brzmienia przepisu art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający zobowiązany jest powiadomić wykonawcę o powodach odrzucenia oferty. Podnosi, że taką interpretację przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wspiera wykładnia systemowa przepisów ustawy Pzp, w szczególności odniesienie się do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp in fine, w którym wprost dopuszczono niepodejmowanie pewnych czynności, gdyby nie mogło to zapobiec odrzuceniu oferty lub unieważnieniu postępowania. Odwołujący, w celu zachowania konstytucyjnej zasady praworządności (art. 7 Konstytucji RP) oraz zapewnienia sprawności i szybkości postępowania z góry wniósł o pominięcie wszelkich dodatkowych okoliczności faktycznych lub prawnych, które miałyby uzasadniać odrzucenie oferty Odwołującego, a które wykraczają poza uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego. Wskazuje, iż odwołanie dotyczy wyłącznie czynności podjętych lub zaniechanych przez Zamawiającego w postępowaniu do dnia złożenia odwołania i ewentualnie czynności podjętych później z uwzględnieniem skutków odrzucenia oferty Odwołującego (np. ewentualny wybór oferty najkorzystniejszej).

Odnosząc się argumentacji Zamawiającego, Odwołujący podnosi, że dysponowanie przez niego siedzibą główną, w miejscu z jednymi z najniższych w kraju kosztów pracy tj. w województwie Podkarpackim niewątpliwie stanowi o przewadze rynkowej Odwołującego. Wywodzi, że podczas rekrutacji pracowników na różne stanowiska, w tym zaplecze księgowe itp. odwołujący może oferować niższe stawki wynagrodzenia niż konkurencja. Wskazuje, że

okoliczność ta nie została wykluczona przez Zamawiającego w pkt 16.8. SIWZ, jako argument „zabroniony” przy wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Wykonawca w tym zakresie powołał się na dane statystyczne, zgodnie z którymi przeciętne wynagrodzenie miesięczne w województwie Podkarpackim w 2017 r. wynosiło 3656,00 zł brutto, natomiast w województwie Mazowieckim 5354,00 zł. Zdaniem Odwołującego załączenie trzech zanonimizowanych umów o pracę, z których to umów wynika średnia wynagrodzenia niższa od kwoty 3656,00 zł brutto jedynie potwierdza jego argumentację. Podnosi, że Zamawiający zarzucił mu, iż nie uwzględnił przy obliczaniu kosztów pracy, wydatków jakie jest Odwołujący zobowiązany ponieść na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, będąc płatnikiem stosownych składek z uwagi na charakter stosunku zobowiązaniowego zawartego na podstawie umowy o pracę. Odwołujący wskazuje, że uwzględnił przy obliczaniu kosztów pracy wydatki związane ze statusem płatnika składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne - w kalkulacji zysków z realizacji zamówienia w wierszu zatytułowanym: Koszty działalności operacyjnej bez kosztu zakupu usług; w kalkulacji kosztów bezpośrednich w wierszu zatytułowanym: Inne koszty stałe (stosunkowo). Wskazuje, że Zamawiający zarzucił Odwołującemu, w przedstawionej kalkulacji założył bardzo niski czas bezpośredniej realizacji zamówienia, co wskazuje na automatyzm działania, a tym samym niski koszt pracy za wykonanie zamówienia. Zdaniem Odwołującego Zamawiający pomija, iż zawarł w pkt 5 OPZ informację, iż przy zamawianiu biletów osoby zainteresowane odbyciem podróży za pośrednictwem wykonawcy będą zobowiązane do podania swoich danych pozwalających na szybszą realizację rezerwacji (imię i nazwisko, miejsce pracy, numer telefonu służbowego, numer telefonu komórkowego). Po wyborze przez osobę wyjeżdżającą konkretnego połączenia, składane będzie przez nią finalne zamówienie. Zawarte w Umowie (w tym wypadku w OPZ) wymaganie podania ww. danych znacząco redukuje czas dokonania przez kasjera rezerwacji lub zakupu biletu i umożliwia realizację zamówienia w czasie podanym przez Odwołującego w kalkulacji (3 minuty) oraz faktycznie pewne zautomatyzowanie niektórych procesów. Odwołujący podnosi, że obsługuje wiele podmiotów wymagających bardzo indywidualnego podejścia, w tym uczelnie, Kancelarię Prezydenta RP, gwiazdy piłki nożnej, artystów i inne indywidualności i jasnym jest, iż czas na rezerwację pojedynczego biletu lotniczego w sytuacji Odwołującego jest średnio marginalny. Dodaje, że jednocześnie indywidualne wsparcie przez pracownika nie wyklucza korzystania z systemów informatycznych i automatyzacji pewnych działań zaś pracownicy Odwołującego zapewniają kontakt z człowiekiem (indywidualne podejście), a dopiero ich działania są w dużym stopniu zautomatyzowane. Zauważa, że sformułowanie „indywidualne podejście”, jak klauzula

generalna nie zostało w SIWZ sprecyzowane w wystarczającym stopniu, aby stanowić samodzielne uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego jedynie na podstawie automatyzacji części procesów po stronie Odwołującego. Wyjaśnia, iż systemy rezerwacyjne i księgowo, jakimi dysponuje pozwalają zarówno na dokonywanie indywidualnych, pojedynczych rezerwacji jak i „spinięcie” ich w rezerwacje grupowe bez znaczącej różnicy w czasie realizacji zamówienia Odwołujący dodaje, że na szybki czas realizacji zamówienia oprócz bardzo dobrej znajomości środowiska systemów przez pracowników wpływa również m. in. dokładne skatalogowanie poszczególnych atrybutów zamówienia (wprowadzane do systemu przed zawarciem umowy z Zamawiającym) i późniejsze automatyczne ich zaciąganie do konkretnego, co czyni obsługę systemu (a tym samym Zamawiającego) intuicyjną, a przez to prostą, skuteczną i szybką. Podkreśla, że nie wpływa to jednocześnie na obniżenie indywidualnego podejścia przez pracowników Odwołującego do pracowników Zamawiającego - przeciwnie, do systemu zostaną wgrane indywidualne parametry dla Zamawiającego oraz po dokonaniu pierwszego zamówienia przez danego pracownika, również dla pracowników Zamawiającego. Wskazuje, że takie systemy pozwalają na zwiększenie stopnia indywidualizacji obsługi.

Odwołujący podnosi, że zgodnie z pkt 8 OPZ Zamawiający wymaga przygotowywania comiesięcznych raportów księgowych. Z kolei na podstawie § 5 Umowy (projekt) Wykonawca zobowiązany będzie do wystawiania faktur dla każdej osoby i rezerwacji z osobna. Wskazuje, że takie czynności, co do zasady nie są wykonywane przez kasjerów lotniczych. Oczywiście może się zdarzyć kasjer lotniczy - księgowy, jednak Zamawiający nie wymagał dysponowania taką osobą. Zamawiający wymagał, aby wykonawca wskazał w ofercie (pkt 6 formularza ofertowego) osoby odpowiedzialne za realizację zamówienia, tj. kasjerów lotniczych posiadających przynajmniej 3-letnie doświadczenie w pracy kasjera lotniczego oraz ukończyli kurs kasjera lotniczego (pkt 7.1.2. ppkt 2 SIWZ). Podobnie w pkt 9.3.2 SIWZ, oraz § 3 oraz § 11 ust. 1 pkt 1 Umowy (projekt) Zamawiający zakładał wpisanie osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia. Podnosi, że zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN (www.sjp.pwn.pl) „*Odpowiedzialność* 1. «*obowiązek moralny lub prawny odpowiadania za swoje lub czyjeś czyny*» 2. «*przyjęcie na siebie obowiązku zadbania o kogoś lub o coś*»”. Odwołujący z tego wywodzi, że odpowiedzialność nie zakłada jednak wyłącznego, bezpośredniego działania, na rzecz podmiotu, za który się odpowiada. Zaznacza, iż wyznaczenie osób odpowiedzialnych ze realizację zamówienia nie przesądza, iż nikt inny nie może wykonywać czynności na rzecz Zamawiającego. Dodaje, że z uwagi na przedmiot zamówienia i wymagania Zamawiającego, wyłączna obsługa zamówienia przez kasjerów

lotniczych jest wykluczona. Podnosi, że zdaniem Zamawiającego „*Odwołujący powinien być w przedstawionej kalkulacji uwzględnić konkretne koszty związane z zatrudnieniem osób wskazanych w ofercie*”. Zdaniem Odwołującego takie podejście do kalkulacji rażąco niskiej ceny w postępowaniu jest nieprawidłowe, gdyż prowadzi do zaniżenia kosztów realizacji zamówienia. Wywodzi, że w celu faktycznego wyliczenia kosztów realizacji zamówienia przedstawił odpowiednią część wszystkich ponoszonych przez siebie kosztów, w tym kosztów zarządu, raportowania i obsługi księgowej oraz kosztów wystawienia biletów lotniczych.

Odwołujący podnosi, że składniki ceny badane przez Zamawiającego w kryterium oceny ofert, a realna cena, za którą Zamawiający nabywa zamówienie w postępowaniu jest inna. Wskazywać ma na to m.in. wartość przeznaczona na realizację zamówienia przez Zamawiającego (3.000.000,00 zł) oraz fakt, iż w innych kryteriach oceny ofert Zamawiający bada zdolności kasjerów Wykonawców do wystawiania jak najtańszych biletów lotniczych, która to umiejętność oraz dysponowanie odpowiednim potencjałem mają decydujący wpływ na ostateczną cenę za przedmiot zamówienia. Wskazuje, że faktycznie, składniki ceny badane przez Zamawiającego w kryterium oceny ofert różnią się pomiędzy LCC BIS i Odwołującym o 68,58%, ale cena za wykonanie przedmiotu zamówienia różni się w zakresie poniżej 1%. Zauważa, że nawet gdyby przychylić się do błędnej, w jego ocenie, interpretacji instytucji rażąco niskiej ceny lub niezgodności treści oferty z treścią SIWZ dokonywanej przez Zamawiającego, to żadna wyrażona procentowo różnica w cenie oferty nie stanowi automatycznie przesłanki do uznania oferty za rażąco niską i odrzucenia jej z postępowania. Powołuje się na opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pt. „*Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji*”: „*Celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. W konsekwencji, należy odrzucić automatyczne przyjmowanie, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską*”. Wskazuje, że stanowisko to potwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 21.06.2010 r. (sygn. akt XIX Ga 175/10) stwierdzając, że: „*Dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny "rażąco*

niskiej", a nie ceny "niskiej." Te dwa pojęcia nie są tożsame". Odwołujący wskazuje, że w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej podnoszono, że procedura wyjaśniania jest niezbędna w świetle europejskiego prawodawstwa z zakresu zamówień publicznych, gdyż zabezpiecza przed arbitralnością oceny zamawiającego co do rażąco niskiej wysokości ceny – powołuje się wyr. z dnia 22.06.1989 r. 103/88, wyr. z dnia z dnia 2711.2001 r. C-285/99, wyr. z dnia 15.05.2008 r. C-147/06, z dnia 29.03.2012 r. C-599/10). Odwołujący zauważa, że Zamawiający nie przewidział wieloskładnikowego, kosztorysowego rozliczenia przedmiotu zamówienia i postępowania. Informuje, że w postępowaniu należało wskazać jedną opłatę transakcyjną, którą można doliczyć wyłącznie do ceny biletu na trasach międzynarodowych na potrzeby Uniwersytetu Łódzkiego. Z tego wywodzi, iż rażąco niską cenę w postępowaniu należy interpretować „klasycznie” w odniesieniu do całości zamówienia.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż jego działanie jest jak najbardziej prawidłowe - wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przygotowuje się po ujawnieniu przez Zamawiającego kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia. Wskazuje, że część wykonawców na tym etapie zdaje sobie sprawę, iż niedoszacowała swojej oferty i np. nie składa wyjaśnień, lub składa oświadczenie o wadliwości swojej oferty w zakresie rażąco niskiej ceny. Podnosi, że taka sytuacja jego nie dotyczy, bowiem wycenił on swą ofertę prawidłowo, w sposób gwarantujący zysk. Dodaje, iż wyliczenia ceny przedstawione przez Odwołującego bardzo łatwo się skalują - w przypadku mniejszego zakresu przedmiotu zamówienia, spadnie także zaangażowanie środków własnych Odwołującego, czyli również koszty przeznaczone na realizację umowy. Mniej biletów to mniej pracy dla kasjerów, księgowych itp. i możliwość angażowania danych pracowników w inne przedsięwzięcia.

Odwołujący podnosi, że na podstawie stwierdzeń przytoczonych w piśmie informującym o odrzuceniu oferty Odwołującego należy stwierdzić iż Zamawiający nie uzasadnił w sposób wymagany prawem odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. Wskazuje, że doktryna oraz orzecznictwo KIO jednoznacznie stoją na stanowisku, iż samo stwierdzenie faktu, iż treść oferty jest niezgodna z treścią siwz poprzez podanie określonych zapisów siwz, które miał spełniać oferowany przez wykonawców przedmiot zamówienia nie może zostać uznane za uzasadnienie faktyczne w rozumieniu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, czego Zamawiający zaniechał. Podnosi, iż w jego ofercie nie doszło do zaniżenia żadnego ze składników ceny. Podnosi, że błędne jest podejście Zamawiającego, który skupił się na pojedynczych składnikach ceny, nie wskazując w jaki sposób ich zaniżenie miałyby wpłynąć na obarczenie oferty Odwołującego wadą rażąco niskiej ceny. W tym kontekście Odwołujący wprost zgadza się z tezą, iż „(...) cena rażąco niska to cena za całość oferowanego

świadczenia. Wynika to z samej definicji ceny (por. art. 2), a także z odniesienia do przedmiotu zamówienia (tj. całości świadczenia). Nie może więc być powodem odrzucenia na podstawie tej przesłanki zaoferowanie za jakiś element świadczenia ceny znacząco odbiegającej od cen rynkowych, a nawet ceny nierealnej. Jeśli wielkość taka zostaje następnie skompensowana cenami za inne elementy świadczenia i w całości cena nie nabiera charakteru rażąco niskiego, zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzania kalkulacji wewnętrznej (w obrębie przedmiotu zamówienia) dokonanej przez wykonawcę. Podnosi, iż pogląd ten jest ugruntowany w orzecznictwie (tak np. Zespół Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych w wyroku z 7.04.2005 r., UZP/ZO/O-611/05, LEX nr 179370, Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z 1.08.2008 r., KIO/UZP 756/08, LEX nr 442749, i wyroku z 11.03.2011 r., KIO 374/11, LEX nr 784821, czy też Sąd Okręgowy w Poznaniu w postanowieniu z 17.01.2006 r., II Ca 2194/05, niepubl.). Wskazuje, że jedynie w sytuacji gdy zaniżona cena jednostkowa skutkuje nierynkowym obniżeniem ceny oferty, może stać się faktyczną przyczyną odrzucenia oferty.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 17.08.2018 r. Odwołujący podtrzymał stanowisko zawarte w odwołaniu.

Do postępowania po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca wykonawcy Bis Biuro Podróży LCC A.S. Spółka jawna, Al. Kościuszki 27, 90-418 Łódź (dalej jako Przystępujący).

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem oraz pismem zgłaszającym przystąpienie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

W rozdziale 18 SIWZ – „Opis sposobu obliczenia ceny”, Zamawiający zawarł m.in. następujące zapisy:

Pkt 18.3 – Cena określona w ofercie (cena transakcyjna za wystawienie biletu lotniczego na trasach międzynarodowych oraz czynności związanych z obsługą rezerwacji i dostarczania biletu) będzie stała tzn. nie ulega zmianie przez okres ważności ofert (związania) oraz okres realizacji (wykonania) przedmiotu zamówienia z zastrzeżeniem projektu umowy (...).

Pkt 18.4 – Cena podana w ofercie powinna być umieszczona w Formularzu Ofertowym.

Pkt 18.6, że *„Cena oferty (opłata prowizyjna) winna obejmować wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz z warunkami stawianymi przez zamawiającego. Cena opłaty prowizyjnej winna uwzględniać realne, rzeczywiste koszty związane ze świadczoną usługą. Opłata prowizyjna winna pokrywać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia.*

Zgodnie z wyrokiem KIO 1649/12 z dnia 17 sierpnia 2012 r. nie będą traktowane jako szczególnie korzystne warunki wykonania zamówienia:

- *otrzymywanie prowizji od sprzedaży biletów, prowizji od zrealizowania określonych planów sprzedażowych w liniach lotniczych i wysokość budżetu marketingowego otrzymywanego od systemu rezerwacyjnego,*
- *dostarczanie biletów drogą elektroniczną,*
- *doświadczenie i umiejętności kadry wykonawcy,*
- *rozbudowaną sieć teleinformatyczną,*
- *linie telefoniczną czynną 24h/7 dni w tygodniu,*
- *dostępność narzędzi pracy poza godzinami pracy biura,*
- *ugruntowaną pozycję na rynku sprzedaży biletów lotniczych.*

Wymienione powyżej warunki wykonania zamówienia są dostępne większości wykonawców, prowadzących bieżącą sprzedaż biletów”.

W załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający zawarł Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej OPZ).

Oferty złożyło 4 wykonawców. Jeden z wykonawców zaoferował cenę jednostkową brutto opłaty prowizyjnej w wysokości 12 zł, dwóch – 8 zł, zaś Odwołujący – 3,77 zł. Odwołujący w ofercie wskazał również, podając imię i nazwisko, jako „osoby odpowiedzialne za realizację zamówienia” (pkt 6 formularza ofertowego), dwie osoby posiadające „ponad 16 lat” pracy w zawodzie kasjera lotniczego.

Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Treść wezwania obejmowała wskazanie okoliczności wymienionych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, powtórzenie ww. pkt 18.6 SIWZ oraz informację, że Odwołujący zaoferował cenę jednostkową brutto opłaty prowizyjnej za wystawienie biletu lotniczego w wysokości 3,77 zł, która była niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Zamawiający poinformował, że mając na uwadze ww. okoliczność ma podstawy uważać, że cena jednostkowa brutto opłaty prowizyjnej Odwołującego nosi znamiona rażąco niskiej.

Odwołujący w odpowiedzi złożył wyjaśnienia, w których powołał się na następujące okoliczności: oferowana cena jest ceną rynkową, najczęściej spotykaną ceną na rynku jest 0,01 zł, posiada siedzibę o powierzchni 800 m², wobec czego nie ponosi kosztów najmu, siedziba ta mieści się w województwie podkarpackim, wobec czego ponosi jedne z najniższych w kraju kosztów pracy, posiada autorskie dedykowane rozwiązania utworzone w ramach dotacji z Unii Europejskiej, w ramach projektu „Stworzenie narzędzi do automatycznego świadczenia usług dla podróżujących samolotami” pozwalające na wdrożenie konkurencyjnych e-usług – m.in. automatycznej rezerwacji biletów lotniczych, miejsc hotelowych oraz zakupu ubezpieczenia podróży oraz że nie zaoferował platformy internetowej, podnoszącej cenę oferty. Odwołujący podniósł, iż brak jest podstaw dla badania jego oferty w kwestii rażąco niskiej ceny, bowiem cena uwzględnia wszystkie składniki wykonania zamówienia oraz zysk, zaś różnica w cenie pomiędzy jego ofertą, a wykonawcą, który zaproponował najwyższe opłaty transakcyjne, wyniosła 1%. Odwołujący część wyjaśnień zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa oraz dołączył, również zastrzeżone, dowody. W zastrzeżonej części wyjaśnień Odwołujący przedstawił m.in. kalkulację zaoferowanej ceny.

Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie o doprecyzowanie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zwracając się z pytaniami o podstawę dysponowania osobami, które zostały

wskazane do realizacji zamówienia, wymiar czasu pracy ww. osób, oraz użytego w kalkulacji sformułowania „dwóch pracowników na wyłączność (...) do realizacji umowy”.

Odwołujący udzielił Zamawiającemu odpowiedzi na powyższe pytania.

Pismem z dnia 23.07.2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty, wobec okoliczności, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz zawiera rażąco niską cenę. W piśmie tym Zamawiający przytoczył treść Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz wskazał, że w SIWZ zastrzegł, że cena opłaty prowizyjnej winna uwzględniać rzeczywiste koszty związane ze świadczoną usługą, a opłata prowizyjna powinna pokrywać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. Odnosząc się do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego, wskazał, że Odwołujący przedstawił jako dowody trzy zanonimizowane umowy o pracę i podał jako koszt pracy średnią arytmetyczną wynagrodzeń z tych umów, przy czym nie uwzględnił wydatków, jakie obowiązany jest ponieść na rzecz ZUS. Zamawiający wskazał również, że w przedstawionej przez wykonawcę kalkulacji założony jest bardzo niski czas bezpośredniej realizacji zamówienia, co wskazuje na automatyzm działania, a tym samym niski koszt pracy za wykonanie zamówienia. Wskazał, że w OPZ wymagał indywidualnego podejścia do każdego zamówienia cząstkowego, a szeroki zakres zadań określony w OPZ powoduje, że nie jest prawidłowym założeniem, że możliwe jest zrealizowanie wszystkich tych zadań z wykorzystaniem automatycznego systemu informatycznego. Podał, że Odwołujący w wyjaśnieniach wskazał, że wykorzystywany przez niego system ograniczony jest do niektórych tylko działań. Zamawiający wskazał także, że Odwołujący w ofercie wskazał z imienia i nazwiska dwie osoby, z 16-sto letnim doświadczeniem w pracy na stanowisku kasjera lotniczego, które będą realizować zamówienie. Z tego wywodzi, że w przedstawionej kalkulacji Odwołujący powinien był przedstawić konkretne koszty związane z zatrudnieniem osób wskazanych w ofercie, z podaniem wszystkich składników mających wpływ na wynagrodzenie. Zamawiający zaznaczył również, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, różnica w cenie transakcyjnej w ofercie WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. a cenie wykonawcy BIS Biuro Podróży LCC, A S.. Sp. Jawna, nie wynosi 1% a sięga 68,8%. Zamawiający dodał, że w przedstawionej kalkulacji kosztów Odwołujący opiera wyliczenia o kwotę umowy w wysokości 3 000 000,00 zł, którą poznał dopiero tuż przed otwarciem ofert, natomiast kalkulacja wysokości opłaty transakcyjnej powinna być przeprowadzona na etapie składania ofert i opierać się o znane w tym momencie wykonawcy warunki realizacji. Podsumowując, Zamawiający stwierdził, że wyliczenie ceny transakcyjnej jest niezgodne z zapisami SIWZ – tj. nie pokrywa wszystkich kosztów

związanych z realizacją zamówienia i jednocześnie spełnia przesłanki uznania za rażąco niską.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1. Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez Zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, polegającego na odrzuceniu oferty Odwołującego, pomimo iż nie zawiera ona rażąco niskiej ceny.

W ocenie Izby zarzut ten nie potwierdził się. Odwołujący w pierwszej kolejności podnosił, iż Zamawiający nie był w ogóle uprawniony do żądania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, gdyż jedynie w zakresie składnika ceny – ceny opłaty prowizyjnej, różnica ceny pomiędzy jego ofertą, a ofertą zawierającą najwyższą cenę opłaty prowizyjnej wynosiła 68,58%, zaś różnica w cenie wykonania zamówienia wynosi poniżej 1%. Dalej Odwołujący wywodził, że Zamawiający niezasadnie na podstawie jednego tylko składnika cenowego uznał nierealność ceny jego oferty, albowiem Zamawiający nie przewidział szczegółowego, wieloskładnikowego, kosztorysowego rozliczenia realizacji przedmiotu zamówienia, zatem realność ceny powinna być badana w odniesieniu do całości zamówienia. Podniósł również, że nawet gdyby jeden z składników ceny był zaniżony, to jeśli zostałyby to skompensowane innymi składnikami, nie można byłoby uznać ceny za nierealną i rażąco niską.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń, wskazać należy na uregulowania zawarte w rozdziale 18 SIWZ. Rozdział ów zawiera „*Opis sposobu obliczenia ceny*”. W pkt 18.3 dookreślono, że cena wskazana w ofercie to cena transakcyjna za wystawienie biletu oraz czynności związanych z obsługą rezerwacji i dostarczania biletu. W pkt 18.4 znalazł się zapis, który określał, że cena podana w ofercie powinna być umieszczona w formularzu ofertowym. Z kolei pkt 18.6 zawiera określenie – „*cena oferty (opłata prowizyjna)*”. Rozdział 18 SIWZ nie odnosi się do innej ceny, nie zawiera wskazań sugerujących, że ceną oferty jest cena inna niż opłata prowizyjna – cena transakcyjna. Powołany w pkt 18.4 formularz ofertowy w pkt 4 zawiera sformułowanie „*Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia na następujących warunkach: Cena jednostkowa brutto za wystawienie biletu lotniczego na trasach międzynarodowych oraz czynności związanych z obsługą rezerwacji i dostarczania biletu*”. Odwołujący w tym punkcie formularza ofertowego podał kwotę 3,77 zł.

Jak wynika ze wskazanych zapisów SIWZ, ceną oferty jest wskazana w formularzu ofertowym „cena jednostkowa brutto za wystawienie biletu lotniczego” – w przypadku Odwołującego cena ta wyniosła 3,77 zł. SIWZ nie określa innej ceny, która mogłaby być uznana za cenę oferty. Z pewnością nie jest nią „Cena biletu lotniczego”, stanowiąca, zgodnie z rozdziałem 20 – „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” – jedynie kryterium oceny ofert – pkt 20.1 SIWZ - „Cena brutto biletów lotniczych”. Nazwa rzeczzonego kryterium, oderwana od pozostałych zapisów SIWZ, może wprowadzać w błąd, jednakże mając na uwadze jednoznaczne sformułowania rozdziału 18 SIWZ, jasnym jest, że ceną oferty w rozumieniu art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp jest cena opłaty prowizyjnej. Jednoznacznie wynika to również ze sformułowania formularza ofertowego, który cenę realizacji zamówienia określa w pkt 4.

Reasumując powyższe, bezpodstawne są twierdzenia Odwołującego o braku podstaw do wezwania o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Jak wskazał Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, cena zaoferowana przez Odwołującego jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, ziszcila się zatem obligatoryjna przesłanka zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny określona w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający był zatem w pełni uprawniony do wezwania Odwołującego w omawianym zakresie. Dalej, bez wpływu na ocenę sprawy pozostają podnoszone argumenty dotyczące znaczenia jedynie elementu składowego ceny oferty oraz możliwości kompensacji z innych elementów ceny, bowiem rzeczona opłata prowizyjna jest całością ceny oferty, nie stanowi jedynie jej składnika. Zatem okoliczności wskazujące na rażąco niski charakter opłaty prowizyjnej dotyczą całości ceny oferty. Konsekwencją zaistnienia sytuacji określonej w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp był zatem, zgodnie z art. 90 ust. 2 i art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, obowiązek wykazania przez Odwołującego, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W ocenie Izby, Odwołujący nie uniół spoczywającego na nim ciężaru dowodu w ww. zakresie. W piśmie zawierającym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazał, że oferowana cena jest ceną rynkową, zaś ceną najczęściej spotykaną na rynku jest cena 0,01 zł. Do wyjaśnień nie dołączył dowodów na potwierdzenie tego argumentu. Odwołujący dowody na tę okoliczność złożył w toku rozprawy przed Izbą w dniu 17.08.2018 r. Jednakże Izba uznała, że dowody te – głównie zestawienia ofert oraz referencje, jakkolwiek pozwalają na ustalenie, że rzeczywiście często oferowaną ceną za wystawienie biletu lotniczego jest cena 0,01 zł, nie są relewantne dla niniejszej sprawy. Nie pozwalają one bowiem na ustalenie, czy

w postępowaniach przetargowych, których dotyczą, opłata prowizyjna stanowiła całość ceny oferty, jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu. Jest to okoliczność kluczowa dla potwierdzenia realności ceny zaoferowanej przez Odwołującego, bowiem specyfika tego postępowania, jak wskazano powyżej – nie pozwala na kompensację innymi składnikami ceny oferty, co mogło mieć miejsce w postępowaniach, na które Odwołujący się powołał. Nadto, jak sam wskazywał Odwołujący w toku rozprawy, nie zawsze cena 1 grosza jest ceną rynkową, bowiem na rynku ograniczonym terytorialnie do województwa łódzkiego ceny te są znacząco wyższe.

Kolejną okolicznością, na jaką powoływał się w wyjaśnieniach Odwołujący, było posiadanie siedziby spółki o powierzchni 800 m² na własność, wobec czego nie ponosi kosztów najmu. Wskazał również, iż siedziba ta mieści się w województwie podkarpackim wobec czego ponosi jedne z najniższych w kraju kosztów pracy. W ocenie Izby powołane okoliczności nie pozwalają na stwierdzenie, że oferowana cena nie jest rażąco niska. Po pierwsze, nie można przyjąć, że okoliczność posiadania siedziby spółki na własność jest wyjątkowa dla tego wykonawcy, co miałyby czynić jego cenę bardziej konkurencyjną. Po drugie, Przystępujący w toku rozprawy powoływał, że Odwołujący posiada 9 oddziałów. Okoliczność ta nie została zaprzeczona przez Odwołującego, a także znajduje poparcie w złożonym przez przystępującego materiale dowodowym – odpis z KRS Odwołującego (w tym zakresie tożsamy z dołączonym do oferty Odwołującego). W tej sytuacji, okoliczność posiadania na własność jednej nieruchomości, nie może zostać uznana za wpływającą w istotny sposób na cenę realizacji zamówienia, skoro Odwołujący oprócz kosztów utrzymania siedziby spółki musi ponosić koszty utrzymania również dziewięciu oddziałów. Odwołujący w żaden sposób też nie starał się nawet wykazywać, że przedmiot zamówienia będzie realizowany właśnie z głównej siedziby spółki, tj. z tej nieruchomości, którą posiada na własność. Okoliczność ta wpływa na ocenę kolejnej z powoływanych okoliczności – tj. niskich kosztów pracy ze względu na siedzibę w województwie podkarpackim. Odwołujący nie twierdził i nie dowodził, że osoby wskazane w ofercie jako skierowane do realizacji zamówienia są zatrudnione właśnie w siedzibie spółki w woj. podkarpackim, a nie w jednym z 9 oddziałów Odwołującego. W ocenie Izby nie można wobec powyższego uznać, że Odwołujący dowiódł, iż lokalizacja siedziby spółki w województwie podkarpackim przekłada się na niższe niż u konkurencji koszty realizacji zamówienia.

W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazał również, że posiada dedykowane autorskie rozwiązania utworzone w ramach dotacji z Unii Europejskiej, pozwalające na wdrożenie konkurencyjnych e-usług, takich jak automatyczna rezerwacja

biletów lotniczych, miejsc hotelowych oraz zakup ubezpieczeń podróży. Izba uznała, iż powyższe twierdzenie nie pozwala na stwierdzenie realności zaoferowanej ceny. Wskazać należy, że Odwołujący nie przedstawił choćby ogólnych wyliczeń, jak posiadanie takich narzędzi wpływa na cenę realizacji zamówienia. Ponadto, jak zasadnie zauważył w piśmie zawierającym informację o odrzuceniu oferty Zamawiający, rzeczony dedykowane rozwiązania autorskie pozwalają na automatyzację jedynie części usług. Należy zauważyć, że Odwołujący szeroko określił obowiązki wykonawcy w niniejszym postępowaniu, wobec czego ww. rozwiązania utworzone w ramach dotacji z UE pozostają bez wpływu na koszt realizacji znacznej części obowiązków określonych w OPZ, jak np. określone w pkt 2 obowiązki informacyjne czy obowiązki wskazane w pkt 8, 9, 11, 12, 14 OPZ. Mając na uwadze zakres przewidzianych czynności leżących po stronie wykonawcy, Odwołujący dla wiarygodnego, pełnego wykazania realności oferowanej ceny nie powinien był poprzestać na ogólnikowym sformułowaniu o posiadaniu narzędzi autorskich, ale wykazać wpływ funkcjonalności tych narzędzi oraz okoliczności utworzenia ich w ramach dotacji z UE, na cenę oferty. Odwołujący czynności tych zaniechał, wobec czego nie można uznać, że udźwignął w tym zakresie ciężar dowodu. Odwołujący nie podał również żadnych wyliczeń, dotyczących wpływu braku zaoferowania platformy internetowej na cenę oferty, poprzestając na ogólnikowym stwierdzeniu. Większość dowodów złożonych przez Odwołującego wraz wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny dotyczyło uzyskiwanych prowizji, co nie mogło mieć wpływu na ocenę rażąco niskiej ceny, wobec zapisu pkt 18.6 SIWZ który stanowił, iż *„nie będą traktowane jako szczególnie korzystne warunki wykonania zamówienia: - otrzymywanie prowizji od sprzedaży biletów, prowizji od zrealizowania określonych planów sprzedażowych w liniach lotniczych i wysokość budżetu marketingowego otrzymywanego od systemu rezerwacyjnego”*. Wyjaśnienia udzielone na dodatkowe wezwanie Zamawiającego – zawarte w piśmie z dnia 19.07.2018 r., zawierały jedynie odpowiedzi na pytania Zamawiającego i nie wpływają na ocenę wykazania braku rażąco niskiej ceny.

Zaznaczyć należy, że również w toku postępowania odwoławczego Odwołujący poprzestał na niepopartych dowodami twierdzeniach o wpływie na cenę oferty niskich kosztów pracy w województwie podkarpackim, o możliwościach automatycznego uzyskania informacji określonych w pkt 2 OPZ oraz o uzyskiwanych prowizjach. Wymaga w tym miejscu przypomnienia, że zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca jest stroną w postępowaniu odwoławczym, to na nim spoczywa ciężar dowiedzenia, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niską.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego jako zawierającą rażąco niską cenę. Jak wynika z treści informacji o odrzuceniu oferty, Zamawiający uznał, że założony w kalkulacji bardzo niski czas realizacji zamówienia (część tajemnicy przedsiębiorstwa ujawniona w odwołaniu – 3 minuty), wskazuje na założenie zautomatyzowania czynności, których w ocenie Zamawiającego nie można zautomatyzować. Abstrahując od zasadności twierdzeń o niemożliwości automatyzacji obowiązków zawartych w OPZ, należy zauważyć, że Odwołujący w rzeczywistości w żaden sposób nie wykazał, że założony czas realizacji zamówienia jest realny. Twierdzenia w tym zakresie ograniczył do ogólnych sformułowań w toku rozprawy, że jest to czas uśredniony. W treści odwołania z kolei wskazał, że dzięki informacjom, jakie zgodnie z OPZ będzie przekazywał pracownik Zamawiającego, możliwa jest automatyzacja i redukcja czasu realizacji zamówienia, a także, że jego pracownicy posiadają dobrą znajomość systemów rezerwacyjnych co przyspiesza pracę. Na niski czas realizacji zamówienia wpływać miała również okoliczność skatalogowania poszczególnych atrybutów zamówienia. Odwołujący nie wykazał, ażeby te okoliczności dotyczyły tylko jego, nie były dostępne innym wykonawcom, co tłumaczyłoby wyjątkowo niski poziom ceny oferty. Ponadto nie przedstawił żadnych dowodów bądź wyliczeń w tym zakresie, nie sposób zatem uznać, że przedstawiona kalkulacja oparta została o prawidłowe założenia. Zamawiający w treści informacji o odrzuceniu oferty wskazał także, że przedłożona przez Odwołującego kalkulacja powinna uwzględniać wynagrodzenie konkretnych osób skierowanych do realizacji zamówienia. Izba w pełni podziela stanowisko Zamawiającego w tym zakresie. Jak wskazywał Zamawiający, Odwołujący wskazał w ofercie dwie osoby o ponad 16-sto letnim stażu na stanowisku kasjera lotniczego. Przedkładając kalkulację mającą dowodzić realność zaoferowanej ceny, Odwołujący powinien był przyjąć, jako koszty pracy, wynagrodzenie konkretnych pracowników wskazanych w formularzu ofertowym. Tymczasem jako podstawę wyliczenia kosztów pracy Odwołujący przyjął uśrednione koszty pracy wynikające z trzech zanonimizowanych umów o pracę. Przyjęta w kalkulacji średnia wynagrodzenia jest „niższa od kwoty 3 656 brutto” (jak wynika z odwołania – dokładny poziom wynagrodzenia objęty jest tajemnicą przedsiębiorstwa), a zatem jest znacząco niższa od kwoty 4 848,16 zł, stanowiącej przeciętne wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw w czerwcu 2018 r. (obwieszczenie Prezesa GUS z dnia 17 lipca 2018 r.). Na podstawie przedłożonych dowodów nie jest możliwym stwierdzenie, że założone koszty pracy są realne w odniesieniu do wynagrodzeń kasjerów lotniczych z ponad szesnastoletnim doświadczeniem (a takie osoby zostały skierowane do realizacji zamówienia), Odwołujący winien był tę okoliczność jednoznacznie udowodnić, czego zaniechał – również w postępowaniu przed KIO.

Kolejną okolicznością, wobec której Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego ze względu na rażąco niską cenę, było przyjęcie jako podstawy kalkulacji kwoty 3 000 000,00 zł. Zamawiający podniósł, że kwotę tę Odwołujący poznał dopiero tuż przed otwarciem ofert, natomiast kalkulacja powinna być przygotowana na podstawie informacji znanych wykonawcy na etapie składania ofert. Izba uznała, iż rzeczona okoliczność nie uzasadniała przyjęcia, że przedstawiona kalkulacja jest niewiarygodna. Jak wykazał w toku postępowania Odwołujący, podstawą kalkulacji była wysokość środków przeznaczonych przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia w roku 2016 r. – 1 500 000,00 zł (dowód nr 2), przy czym owe zamówienie obejmowało roczny czas realizacji zamówienia, zaś termin realizacji niniejszego zamówienia to 24 miesiące. Twierdzenia Odwołującego w tym zakresie należy uznać za w pełni logiczne i wiarygodne. Reasumując, Zamawiający w sposób nieuprawniony stwierdził, że przyjęcie jako podstawy kalkulacji ww. kwoty stanowi o nieprawidłowości przedłożonej kalkulacji. Jednakże, mając na uwadze powyżej stwierdzony brak wykazania rażąco niskiej ceny, okoliczność ta pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie sprawie – podobnie, jak nieuzasadnione przyjęcie, że Odwołujący nie uwzględnił kosztów ponoszonych na rzecz ZUS, o czym szeroko poniżej, w rozważaniach dotyczących naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jak wskazano powyżej, zgodnie z art. 90 ust. 2 oraz art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, to po stronie Odwołującego leżał ciężar dowodu, iż zaoferowana przez niego cena oferty – 3,77 zł - nie stanowi ceny rażąco niskiej. W ocenie Izby Odwołujący nie unióś tego ciężaru, przedstawiając kalkulację cenową opartą o nieudowodnione założenia. Powoływane przez Odwołującego okoliczności mające świadczyć o możliwości realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, jak zostało szeroko omówione powyżej, nie zostały należycie udowodnione. Podkreślić należy, że akcentowany przez Odwołującego wpływ uzyskiwanych prowizji na cenę, wobec zapisu pkt 18.6 SIWZ nie mógł być brany przez uwagę. Odwołujący nie wnosił odwołań od zapisów SIWZ, na obecnym etapie nie jest możliwe podważanie skuteczności zawartych w specyfikacji zapisów. Wobec braku udowodnienia, że zaoferowana cena oferty nie jest rażąco niska Zamawiający zasadnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego. Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp był bezpodstawny. Brak uwzględnienia rzeczonoego zarzutu skutkuje oddaleniem odwołania.

2. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, mające polegać na odrzuceniu oferty Odwołującego pomimo, iż treść jego oferty odpowiada SIWZ, a Zamawiający nie wskazał naruszonych zapisów SIWZ.

W ocenie Izby zarzut ten jest częściowo zasadny. W pierwszej kolejności wskazać należy, że Zamawiający, w piśmie o odrzuceniu oferty Odwołującego, jakkolwiek rzeczywiście nie podał numeru naruszonego zapisu SIWZ, to jednakże poinformował, że „(...) uznał, że wyliczenie ceny transakcyjnej jest niezgodne z zapisami SIWZ – tj. nie pokrywa wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia (...)”. Informację tę bez trudu można powiązać z zapisem art. 18.6 SIWZ, który wprost określa, że „cena opłaty prowizyjnej winna obejmować wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia (...) i „winna uwzględniać realne, rzeczywiste koszty związane ze świadczoną usługą. Opłata prowizyjna winna pokrywać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia”. Należy również zauważyć, iż ostatnie zacytowane zdanie było w treści SIWZ pogrubione, wobec czego nawet przy pobieżnej lekturze SIWZ nie sposób ów zapis pominąć. Wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia ma obowiązek zapoznania się z zapisami SIWZ i przygotowania oferty w zgodzie z nimi. Mając na uwadze kluczowy dla formułowania oferty charakter ww. wymogu, nie jest racjonalnym przyjęcie, że podmiot profesjonalny, jakim niewątpliwie jest Odwołujący, nie zauważył tego wymogu. Zatem pomimo braku wskazania pkt 18.6 SIWZ w informacji o odrzuceniu oferty, wobec okoliczności, że jej ostatnie zdanie odnosi się wprost do jego treści, nie sposób uznać, by Odwołujący nie mógł z łatwością ustalić, którego zapisu SIWZ dotyczy odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Nie budzi zatem wątpliwości, że niezgodność oferty z SIWZ, która stała się podstawą odrzucenia oferty Odwołującego, odnosiła się do pkt 18.6 SIWZ. Zamawiający niezgodność oferty Odwołującego z pkt 18.6 SIWZ wywodzi z braku uwzględnienia w kosztach pracy wydatków, jakie jest on obowiązany ponieść na rzecz ZUS. Należy uznać, że przedmiotowe ustalenie Zamawiającego jest błędne. Jak zasadnie zauważył w toku rozprawy przez KIO Odwołujący, przedstawione przez niego wyliczenia, załączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, określają „koszty działalności operacyjnej”. Zgodnie zaś z wydanym na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy z dnia 29 września 1994 r. – ustawa o rachunkowości (Dz.U. z 2018 r., poz. 395), załącznikiem nr 1 – *„Zakres informacji wykazywanych w sprawozdaniu finansowym, o którym mowa w art. 45 ustawy, dla jednostek innych niż banki, zakłady ubezpieczeń i zakłady reasekuracji”*, w rachunku zysków i strat, w wariantcie porównawczym, do kosztów działalności operacyjnej zalicza się m.in. wynagrodzenia oraz ubezpieczenia społeczne i inne świadczenia, w tym emerytalne. Mając powyższe na uwadze, nie można uznać, że Odwołujący nie uwzględnił w ramach przedłożonych kalkulacji wydatków, jakie obowiązany jest ponieść na rzecz ZUS. Przekazana Odwołującemu informacja o odrzuceniu oferty w pozostałym zakresie nie wskazuje elementów, których zdaniem Zamawiającego Odwołujący

nie uwzględnił w cenie prowizyjnej, a odnosi się jedynie do braku wykazania uwzględnienia kosztów – co należy pochylić za odnoszące się do kwestii wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Należy zwrócić uwagę, iż inaczej kształtują się obowiązki wykonawcy i zamawiającego w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny i niezgodności z SIWZ. W niniejszej sprawie Zamawiający, jak ustalono uprzednio, poprawnie przeprowadził procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i w jej wyniku odrzucił ofertę Odwołującego, który nie wykazał, że oferowana cena gwarantuje realizację zamówienia. W odniesieniu zaś do stwierdzenia niezgodności oferty z SIWZ, Zamawiający ustalenia swe oparł na wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny. Nie zwrócił się natomiast do wykonawcy o wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując przy tym, które elementy oferty budzą jego wątpliwość. Dla ustalenia niezgodności oferty z SIWZ Zamawiający jest zobowiązany do wskazania konkretnych jej elementów, które nie odpowiadają treści specyfikacji oraz do jednoznacznego ustalenia, że rzeczona niezgodność zachodzi – przy czym, w przypadku wystosowania wezwania na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ciężar udowodnienia tej okoliczności zostaje przeniesiony na wykonawcę. W niniejszej sprawie Zamawiający niezgodność z SIWZ stwierdził jedynie w odniesieniu do ww. kosztów ZUS, jak ustaliła Izba – błędnie. Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że Zamawiający bezpodstawnie stwierdził, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ (por. też wyrok KIO z dnia 11.09.2017 r., KIO 1813/17).

Jednakże, mając na uwadze oddalenie pozostałych zarzutów odwołania, w szczególności zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, odwołanie podlega oddaleniu. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W niniejszej sprawie, oferta Odwołującego została odrzucona ze względu na dwie okoliczności i na dwóch podstawach prawnych – niezgodności z SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) oraz rażąco niskiej ceny (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). Ustalenie przez Izbę niezasadności odrzucenia oferty na podstawie jednej z ww. okoliczności – niezgodności z SIWZ – nie zmienia wyniku postępowania, bowiem nie potwierdził się zarzut niezasadności odrzucenia ze względu na rażąco niską cenę oferty. W tej sytuacji brak jest podstaw do nakazania ponownego badania i oceny ofert, bowiem nie zmieni się wynik tych czynności – oferta pozostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Co za tym idzie – w niniejszej sprawie stwierdzenie jedynie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp nie mogło skutkować uwzględnieniem odwołania.

3. W ocenie Izby nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (Odwołujący w petitum odwołania wskazał art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jednakże uzasadnienie zarzutu wskazuje, iż zarzut dotyczył pkt 3). Zgodnie z powołanym przepisem, zamawiający obowiązany jest do poinformowania wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, wskazując powody odrzucenia. W niniejszej sprawie Zamawiający dokonał rzeczony czynności pismem z dnia 23.07.2018 r. Jak wskazano powyżej, w rozważaniach zawartych w pkt 1 i 2, Zamawiający poinformował Odwołującego, z jakich powodów uznał, iż oferta zawiera rażąco niską cenę oraz wskazał, że jest niezgodna z SIWZ wobec niewykazania, że cena opłaty prowizyjnej pokrywa całość kosztów realizacji zamówienia. Zamawiający nie poprzestał jedynie na stwierdzeniu niezgodności z SIWZ, ale wskazał, na czym ta niezgodność w jego opinii polega i na jakiej podstawie ją ustalił. Odwołujący miał możliwość odniesienia się do stwierdzonych przez Zamawiającego podstaw odrzucenia oferty, co zresztą uczynił. Informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego pozwala na ocenę zasadności czynności Zamawiającego, zawiera wskazanie podstawy prawnej oraz faktycznej odrzucenia oferty. W ocenie Izby Zamawiający w sposób prawidłowy wypełnił obowiązek wynikający z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, wobec czego brak jest podstaw dla uwzględnienia omawianego zarzutu.

4. Odwołujący podniósł także, iż Zamawiający swym postępowaniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że Zamawiający dąży do odrzucenia jego oferty oraz do wyboru wykonawcy, z którym współpracuje obecnie. Mając na uwadze posiłkowy charakter przedmiotowego zarzutu oraz okoliczność, że Izba stwierdziła zasadność odrzucenia oferty Odwołującego, nie można uznać, iż znalazł on potwierdzenie w realiach niniejszej sprawy. Odwołujący jako okoliczności mające wskazywać na „sprzyjanie” Przystępującemu (czyli wykonawcy aktualnie współpracującemu z Zamawiającym) powołał rozstrzygnięcia przetargów z poprzednich lat. Okoliczność uzyskiwania zamówień przez jednego wykonawcę w innych postępowaniach w żaden sposób nie potwierdza naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w tym postępowaniu. Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 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). O zasądzeniu kosztów zastępstwa przed Izbą na rzecz Odwołującego Izba orzekła na podstawie przedłożonej faktury, zgodnie z § 3 ust. 2 pkt b rozporządzenia.

Przewodniczący: