

**Sygn. akt: KIO 1884/21**

**KIO 1895/21**

**WYROK**

**z dnia 28 lipca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 25 czerwca 2021 r. przez wykonawcę Polskie Linie Lotnicze „LOT” Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie;
- B. w dniu 25 czerwca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kielnarowej oraz „Blue Sky Travel” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie działające w imieniu i na rzecz następujących podmiotów: Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Exalo Drilling Spółka Akcyjna z siedzibą w Pile, Gas Storage Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dębogórze, Geofizyka Toruń Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu, PGNiG Obrót Detaliczny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, PGNiG Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie, PGNiG Serwis Doradztwo Ubezpieczeniowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; PGNiG Supply & Trading GmbH z siedzibą w Monachium (Niemcy), PGNiG Technologie Spółka Akcyjna z siedzibą w Krośnie, PGNiG TERMIKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, PGNiG Termika Energetyka Przemysłowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, PGNiG Upstream North Africa B.V. z siedzibą w Amsterdamie (Holandia) oraz Polska Spółka Gazownictwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kielnarowej oraz „Blue Sky Travel” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1884/21 po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy Polskie Linie Lotnicze „LOT” Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1895/21 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- I. KIO 1884/21:
  - 1. Oddala odwołanie.
  - 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Polskie Linie Lotnicze „LOT” Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, i:
    - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Polskie Linie Lotnicze „LOT” Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.
- II. KIO 1895/21:
  - 3. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Polskie Linie Lotnicze „LOT” Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu uzupełnienie czynności odrzucenia oferty ww. wykonawcy o podstawę wskazaną w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.
  - 4. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
  - 5. Kosztami postępowania obciąża przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kielnarowej oraz „Blue Sky Travel” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu w części 2/3 i wykonawcę Polskie Linie Lotnicze „LOT” Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w części 1/3, i:
    - 5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kielnarowej oraz „Blue Sky Travel” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawców tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

5.2. zasądza od wykonawcy Polskie Linie Lotnicze „LOT” Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kielnarowej oraz „Blue Sky Travel” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu kwotę 6 200 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 1884/21**

**KIO 1895/21**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie działające w imieniu i na rzecz następujących podmiotów: Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Exalo Drilling Spółka Akcyjna z siedzibą w Pile, Gas Storage Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dębogórz, Geofizyka Toruń Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu, PGNiG Obrót Detaliczny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, PGNiG Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie, PGNiG Doradztwo Ubezpieczeniowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; PGNiG Supply & Trading GmbH z siedzibą w Monachium (Niemcy), PGNiG Technologie Spółka Akcyjna z siedzibą w Krośnie, PGNiG TERMIKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, PGNiG Termika Energetyka Przemysłowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, PGNiG Upstream North Africa B.V. z siedzibą w Amsterdamie (Holandia) oraz Polska Spółka Gazownictwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Kompleksowa obsługa podróży służbowych krajowych i zagranicznych dla Spółek GK PGNiG”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 252-637856. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

**Sygn. akt: KIO 1884/21**

I. W dniu 25 czerwca 2021 r. wykonawca: Polskie Linie Lotnicze „LOT” Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej zwany jako „wykonawca PLL LOT”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu złożonej przez niego oferty.

Wykonawca PPL LOT zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp z 2019 r. (art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp) poprzez odrzucenie oferty wykonawcy PLL LOT, mimo że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej;
- art. 224 ust. 6 ustawy Pzp z 2019 r. (art. 90 ust. 4 ustawy Pzp) poprzez ustalenie, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę PLL LOT nie uzasadniają braku rażąco niskiej ceny i oferta wykonawcy PLL LOT z tego powodu ulega odrzuceniu.

W związku z podniesionymi zarzutami wykonawca PLL LOT wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia decyzji zamawiającego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty;
- powtórzenia czynności badania i oceny złożonej przez niego oferty i dokonania jej wyboru jako najkorzystniejszej.

II. Pismem wniesionym w dniu 23 lipca 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty podniesione przez wykonawcę PLL LOT za niezasadne i wniósł o oddalenie odwołania.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kielnarowej oraz „Blue Sky Travel” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej zwani jako „wykonawcy WhyNotTravel - Blue Sky Travel”). Wykonawcy WhyNotTravel - Blue Sky Travel stanowisko w sprawie przedstawili w piśmie złożonym do akt sprawy w dniu 23 lipca 2021 r. i wnieśli o oddalenie odwołania.

#### **Sygn. akt: KIO 1895/21**

I. W dniu 25 czerwca 2021 r. wykonawcy WhyNotTravel - Blue Sky Travel wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PLL LOT na podstawie wszystkich przesłanek, które wystąpiły w postępowaniu, oraz wobec czynności ponownego wezwania wykonawcy PLL LOT do wyjaśnienia ceny w dniu 16 marca 2021 r.

Wykonawcy WhyNotTravel - Blue Sky Travel zarzucili zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nieuwzględnienie wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy PLL LOT podczas podejmowania czynności z dnia 15 czerwca 2021 r., w tym w szczególności zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PLL LOT na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 uznk tj. z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PLL LOT już po złożeniu wyjaśnień ceny z dnia 26 lutego 2021 r. i poprzez ponowne wezwanie wykonawcy PLL LOT do wyjaśnienia ceny;
- oraz wszystkich innych przepisów prawa, których naruszenie wynika z treści odwołania.

W związku z podniesionymi zarzutami wykonawcy WhyNotTravel - Blue Sky Travel wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- odrzucenia oferty wykonawcy PLL LOT również z uwagi na przesłanki oraz okoliczności faktyczne wskazane w treści odwołania;
- unieważnienia czynności wezwania do wyjaśnień z dnia 16 marca 2021 r.

II. Pismem wniesionym w dniu 15 lipca 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający złożył oświadczenie o częściowym uwzględnieniu zarzutów odwołania, tj. w zakresie zarzucanego mu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nieuwzględnienie wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy PLL LOT podczas podejmowania czynności z dnia 15 czerwca 2021 r., w tym w szczególności zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PLL LOT na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 uznk tj. z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W pozostałym zakresie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca PLL LOT. Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania wykonawca PLL LOT wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez

zamawiającego w części zarzutów odwołania. Wykonawca PLL LOT wniósł o oddalenie odwołania.

**Sygn. akt: KIO 1884/21**

**KIO 1895/21**

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Mając na uwadze, że odwołania zostały wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2021 r., do postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp z 2019 r.

Izba uznała, że odwołanie wniesione przez wykonawcę PLL LOT (KIO 1884/21) podlega oddaleniu w całości, natomiast odwołanie wniesione przez wykonawców WhyNotTravel - Blue Sky Travel (KIO 1895/21) zasługuje na częściowe uwzględnienie, tj. w zakresie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PLL LOT także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Podstawowe znaczenie dla rozpoznania obydwu odwołań, a w szczególności odwołania rozpoznawanego pod sygn. akt KIO 1884/21, ma treść przedstawionego przez zamawiającego uzasadnienia odrzucenia oferty PLL LOT na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W piśmie z dnia 15 czerwca 2021 r. (wersja pisma uwzględniająca dokonane przez wykonawcę PLL LOT zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa) zamawiający wskazał, że z analizy treści wyjaśnień PLL LOT dnia 22 marca 2021 r. wynika, że w kilku pozycjach formularza cenowego koszty realizacji usług przekraczają przewidywany przez wykonawcę PLL LOT zysk z tytułu realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia. Zamawiający wskazał, że każda z usług objętych przedmiotem zamówienia powinna bilansować się z osobna, co wynika w szczególności z brzmienia §4 Projektu umowy stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ zgodnie z którym:

*Łączna maksymalna kwota wynagrodzenia, do wysokości której Zamawiający uprawniony jest do składania Wykonawcy Zleceń nie przekroczy kwoty ..... (słownie: .....) złotych netto. Z dniem, w którym łączna kwota Zleceń wyczerpie wysokość łącznej kwoty wynagrodzenia podanej w zdaniu pierwszym, Umowa wygasa bez konieczności składania dodatkowych oświadczeń w tym zakresie.*

2. Wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia w stosunku do Zamawiającego w przypadku niewykorzystania w terminie, o którym mowa w § 3 ust. 2. Umowy kwoty, o której mowa w §4 ust. 1. Umowy powyżej.

3. Wynagrodzenie należne Wykonawcy za świadczenia wykonane zgodnie ze Zleceniem, będzie naliczane z uwzględnieniem postanowień OPZ. Wynagrodzenie, o którym mowa w zdaniu poprzednim, stanowić będzie sumę (a+b):

a) wartości zrealizowanych na podstawie wystawionego Zlecenia Usług, ustaloną odpowiednio jako suma cen brutto biletów wystawionych przez przewoźników lub innych opłat naliczonych przez przewoźników, cen brutto zrealizowanych noclegów hotelowych, cen brutto dokonanych rezerwacji samochodów lub cen brutto dokonanych rezerwacji sal konferencyjnych na spotkania biznesowe VIP, składek ubezpieczeniowych lub innych Usług będących przedmiotem danego Zlecenia (z uwzględnieniem wszelkich opustów lub innych bonifikat finansowych przyznanych Wykonawcy przez Realizatorów, odnoszących się do tego konkretnego Zlecenia) bez możliwości doliczania przez Wykonawcę jakichkolwiek dodatkowych marż lub innych opłat w powyższym zakresie.

Zamawiający stwierdził, że powyższe stanowisko potwierdza również określony w pkt 15.2 SIWZ sposób przyznawania punktów w postępowaniu dla kryterium oceny ofert „wysokość opłaty transakcyjnej”, który oparty został na odrębnym przyznawaniu wagi dla poszczególnych opłat transakcyjnych. Zamawiający przyjął, że punkty przydzielane będą według wzoru  $C = PK1 + PK2 + PK3 + PK4 + PK5 + PK6 + PK7 + PK8$ , a każdemu PK Zamawiający przypisał określoną wartość %, co przesądza, że każda z cen winna być rozpatrywana oddzielnie z uwzględnieniem realnych kosztów wykonania danej usługi. Zamawiający wskazał, że przyjęty na gruncie § 4 Projektu umowy mechanizm rozliczania usług polega na tym, że zamawiający będzie rozliczał usługi według ich faktycznego wykorzystania po cenach wskazanych w ofercie, przy czym zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 1 z dnia 20 stycznia 2021 r. zamawiający nie gwarantuje żadnego wolumenu wykonania którejkolwiek z usług określonych w SIWZ. W związku z tym w ocenie zamawiającego każda z usług określonych w SIWZ winna bilansować się z osobna, tj. koszty i przychody winny się równoważyć, bowiem każda stanowi odrębne wynagrodzenie wykonawcy. Podsumowując zamawiający stwierdził, że zaoferowane przez wykonawcę PLL LOT ceny jednostkowe za świadczenie usług rezerwacji hoteli krajowych, zagranicznych, biletów kolejowych, widać są nierealne i skalkulowane zostały poniżej kosztów ich świadczenia. Zdaniem zamawiającego oznacza to, że wykonawca PLL LOT nie jest w stanie zrealizować usług będących przedmiotem zamówienia, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a więc



uznać należy iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną, konsekwencją czego jest odrzucenie oferty tego wykonawcy.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty zostało przedstawione zbiorcze zestawienie kosztów (zawierające szczegółowe dane objęte tajemnicą przedsiębiorstwa PLL LOT) opracowane przez zamawiającego w wyniku dokonanej analizy wyjaśnień PLL LOT. Z zestawienia tego wynika, że w przypadku kilku usług (w szczególności wymienionych w dalszej jawnej części uzasadnienia, tj. usług rezerwacji hoteli krajowych, zagranicznych, biletów kolejowych oraz wiz) ceny za te usługi nie uwzględniają wszystkich kosztów ich świadczenia. Wykonawca PLL LOT w toku postępowania odwoławczego ani nie zaprzeczył przedstawionym przez zamawiającego wyliczeniom, ani nie wskazał błędów popełnionych w tych wyliczeniach – w związku z tym Izba przedstawione przez zamawiającego wyliczenia uznała za prawidłowe. Dodatkowo, przedstawiona w odwołaniu argumentacja w ocenie Izby potwierdza, że cena została przez wykonawcę PLL LOT skalkulowana z założeniem „bilansowania się” całej oferty, a nie poszczególnych usług składających się na przedmiot zamówienia.

Rozpoznając odwołanie wniesione przez wykonawcę PLL LOT (KIO 1884/21) należało zatem rozstrzygnąć, czy zamawiający zasadnie uznał, że sporządzenie przez wykonawcę w tym konkretnym postępowaniu kalkulacji ceny w ten sposób, że ceny za niektóre usługi składające się na przedmiot zamówienia nie uwzględniają wszystkich kosztów ich świadczenia, stanowi podstawę uznania, że zachodzi podstawa do odrzucenia oferty wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba uznała, że stanowisko zamawiającego jest prawidłowe. Z przywołanych powyżej postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (projektowanych postanowień umowy) wynika, że poszczególne usługi składające się na przedmiot zamówienia będą rozliczane odrębnie. W takiej sytuacji oceny zaoferowanej przez wykonawcę ceny dokonuje się również w odniesieniu do cen za świadczenie poszczególnych usług. Skoro z tytułu świadczenia niektórych usług w sporządzonej kalkulacji ceny wykonawca PLL LOT przewidział poniesienie straty, a jednocześnie brak jest postanowień SIWZ, które gwarantując wykonawcy realizację co najmniej niektórych usług na ustalonym poziomie zapewniałyby mu osiągnięcie zysku z tytułu realizacji całej umowy – należy uznać, że zaoferowana przez wykonawcę PLL LOT podlega kwalifikacji jako cena rażąco niska, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wykonawca PLL LOT podnosił w toku postępowania odwoławczego, że wynagrodzenie przewidziane za rezerwację biletów lotniczych zostało skalkulowane na tak wysokim poziomie, że nawet w przypadku znaczącego obniżenia ilości tych usług np. o

60% i tak osiągnie zysk z tego zamówienia, jednakże na potwierdzenie tej okoliczności nie przedstawił żadnych wyliczeń.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała podjętą przez zamawiającego decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy PLL LOT za prawidłową i w związku z tym nie stwierdziła naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Natomiast Izba za zasadne uznała stanowisko wykonawców WhyNotTravel - Blue Sky Travel (KIO 1895/21), że w stosunku do oferty wykonawcy PLL LOT zaistniała również podstawa do jej odrzucenia wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, z czym zgodził się również zamawiający składając oświadczenie o uwzględnieniu w tym zakresie odwołania wniesionego przez wykonawców WhyNotTravel - Blue Sky Travel.

W złożonej ofercie wykonawca PLL LOT zaoferował za usługę wystawienia jednego biletu autokarowego opłatę transakcyjną w wysokości 1000,00 zł. Kierując się powszechną wiedzą dotyczącą wysokości cen za bilety autokarowe i czynności koniecznych do wykonania celem zakupu takiego biletu należy zgodzić się ze stanowiskiem przedstawionym przez wykonawców WhyNotTravel - Blue Sky Travel, że kwota 1000,00 zł stanowi cenę bardzo zawyżoną. Jakkolwiek co do zasady prawem wykonawcy jest zaoferowanie w postępowaniu bardzo wysokiej ceny, to jednak nie dotyczy to sytuacji, w której ceny jednostkowe zaoferowane za poszczególne usługi składające się na przedmiot zamówienia stanowią odrębne (pod)kryteria oceny ofert, zawyżeniu niektórych odrębnie ocenianych (punktowanych) cen jednostkowych towarzyszy zniżenie innych odrębnie ocenianych (punktowanych) cen jednostkowych, co ma służyć uzyskaniu wyższej oceny oferty niż w przypadku zaoferowania cen jednostkowych na realnym poziomie. Tego rodzaju „przerzucanie kosztów” pomiędzy odrębnie ocenianymi częściami zamówienia podlega kwalifikacji jako czyn nieuczciwej konkurencji (zwany potocznie manipulacją cenową) zgodnie z przepisem art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), co stanowi podstawę do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał albo naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo

wskazał w art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. W wyroku z dnia 9 czerwca 2009 r. sygn. akt II CSK 44/09 Sąd Najwyższy wskazał, iż art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji (tak np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO 2786/15). W myśl art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 listopada 2016 r. KIO 2091/16: „Dobre obyczaje, na które się powołuje w cytowanym przepisie [art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji], wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.” W orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż za czyn nieuczciwej konkurencji można między innymi uznać manipulację przez wykonawcę cenami jednostkowymi, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w sytuacji gdy zaoferowane ceny jednostkowe są nierynkowe, nierealne i nakierowane wyłącznie na uzyskanie lepszej punktacji (tak np. w wyrokach Izby: z dnia 28 marca 2017 r. sygn. akt KIO 473/17; z dnia 18 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 7/13; z dnia 14 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1240/13, KIO 1246/13, KIO 1248/18; z dnia 26 września 2012 r. sygn. akt KIO 1934/18; z dnia 5 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 640/11). Podobne stanowisko zostało wyrażone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (Kontrola UZP nr UZP/DKD/KND/14/13).

Jak wskazano powyżej Izba stwierdziła, że cena za wystawianie biletów autokarowych była istotnie zawyżona. Wykonawca PLL LOT podnosił, że jest to cena realna, uwzględniająca wysokie koszty wykonania tej usługi. Ponieważ jednak takie twierdzenie pozostaje w sprzeczności z powszechną wiedzą w tym zakresie, na wykonawcy PLL LOT spoczywał ciężar udowodnienia prawdziwości tej tezy, czemu jednak wykonawca ten nie sprostał, gdyż w ogóle nie podjął próby wykazania tej okoliczności. Z kolei okoliczność zaniżenia innych cen jednostkowych wynika z zestawienia przedstawionego przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty, o którym mowa powyżej. Na rozprawie wykonawcy WhyNotTravel - Blue Sky Travel przedstawili opracowania własne w formie tabeli zawierające symulacje przedstawiające ilość punktów, które uzyskałby wykonawca PLL LOT w przypadku skalkulowania ceny oferty na realnym poziomie. Wprawdzie dane przedstawione w tabelach stanowią pewnego rodzaju projekcje ww. wykonawców, jednakże

po pierwsze, danym przedstawionym w tych opracowaniach nie zaprzeczył wykonawca PLL LOT. Po drugie, nie jest konieczne wykazanie, że w tym konkretnym postępowaniu urealnienie określonych cen jednostkowych z pewnością skutkowałoby uzyskaniem niższej liczby punktów niż inny wykonawca. Na etapie przygotowania oferty wykonawca nie ma wiedzy co do treści oferty, którą zamierza złożyć w postępowaniu inny wykonawca. Wystarczające jest zatem wykazanie, że nieuzasadnione zaniżenie jednych cen i nieuzasadnione zawyżenie innych cen skutkuje otrzymaniem korzystniejszej oceny (większej ilości punktów) niż w sytuacji zaoferowania cen realnych, uwzględniających koszty wykonania poszczególnych usług. Po trzecie, ta okoliczność (uzyskanie lepszej oceny oferty) wynika nie tylko z przedstawionych symulacji, lecz przede wszystkim z postanowień SIWZ dotyczących sposobu oceny ofert w ramach kryterium „wysokość opłaty transakcyjnej” (pkt 15.2 SIWZ). Podkryterium „Wysokość opłaty transakcyjnej za wystawienie jednego biletu autokarowego krajowego lub zagranicznego” przypisano najmniejszą wagę (0,2%) spośród wszystkich podkryterium w ramach kryterium „wysokość opłaty transakcyjnej”. Zatem między innymi większą wagę przypisano podkryterium odnoszącym się do usług, co do których w uzasadnieniu odrzucenia oferty PLL LOT zamawiający stwierdził nieuwzględnienie przez wykonawcę wszystkich kosztów ich realizacji (podkryteria o wadze: 7%, 25%, 6%, 0,5%).

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że w odniesieniu do oferty wykonawcy PLL LOT wystąpiła również podstawa do jej odrzucenia wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i w związku z tym podniesiony w tym zakresie zarzut uznała za zasadny.

Izba nie stwierdziła natomiast podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy PLL LOT, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z uwagi na stwierdzenie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Rozpoznając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba dokonuje oceny wskazanej przez odwołującego treści oferty z podanym w odwołaniu konkretnym postanowieniem SIWZ. W ramach tego zarzutu, powołując się na sposób kalkulacji ceny przez wykonawcę PLL LOT stwierdzony w uzasadnieniu decyzji o jej odrzuceniu, wykonawcy WhyNotTravel - Blue Sky Travel wskazali na sprzeczność z przywołanymi powyżej postanowieniami pkt 15.2 in fine SIWZ (w myśl którego punkty w kryterium wysokość opłaty transakcyjnej przyznawane są zgodnie ze wzorem:  $C = PK1 + PK2 + PK3 + PK4 + PK5 + PK6 + PK7 + PK8$ ) oraz §4 projektu umowy, a ponadto z postanowieniem zawartym w pkt 14.6 SIWZ ("Zamawiający nie przewiduje możliwości finansowania się Wykonawcy z innych źródeł, z tytułu realizacji przez niego Umowy"). Należy jednak wskazać, że ww. postanowienie zawarte w pkt 15.2 SIWZ zawiera wzór dotyczy sposobu obliczenia punktów i w związku z tym nie może ono stanowić podstawy do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ (skoro dotyczy czynności wykonywanej przez zamawiającego). Postanowienie zawarte w §4 projektu umowy dotyczy sposobu ustalania wynagrodzenia wykonawcy i ma

istotne znaczenie w kontekście oceny zaferowanej przez wykonawcę ceny jako ceny rażąco niskiej, a zatem dla stwierdzenia zaistnienia podstawy do odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W świetle tego postanowienia oceny zaistnienia ww. podstawy odrzucenia oferty należy dokonywać również w odniesieniu do cen jednostkowych za poszczególne usługi. Jednakże zaferowanie ceny rażąco niskiej podlega kwalifikacji na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a nie art. 89 ust. 1 pkt 2 tejże ustawy. Natomiast ww. postanowienie zawarte według odwołującego w pkt 14.6 SIWZ zostało przez zamawiającego usunięte (zmieniona wersja SIWZ – załącznik do wyjaśnień SIWZ z 29 stycznia 2021 r.).

Mając na uwadze powyższe, zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PLL LOT na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba uznała za niezasadny.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PLL LOT już po złożeniu wyjaśnień ceny z dnia 26 lutego 2021 r. i poprzez ponowne wezwanie wykonawcy PLL LOT do wyjaśnienia ceny. Należy wskazać, że podnosząc ww. zarzut wykonawcy WhyNotTravel - Blue Sky Travel wykonawcy nie wskazali żadnych okoliczności faktycznych uzasadniających twierdzenie, że wyjaśnienia udzielone w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiającego były niepełne lub nierzetelne. W uzasadnieniu odwołania ww. wykonawcy powołali się na okoliczność powtórnego wezwania wykonawcy PLL LOT do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, a ponadto zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty stwierdzenie zamawiającego: „Treść złożonych wyjaśnień nie rozwiała wątpliwości Zamawiającego dotyczących oferty Wykonawcy”. Należy zatem wskazać, że dopuszczalne jest wezwanie do złożenia uzupełniających wyjaśnień ceny oferty, jeżeli w odpowiedzi na pierwsze wezwanie wykonawca udzielił wyczerpujących i rzetelnych wyjaśnień, jednakże w świetle przedstawionych informacji zaistniała potrzeba bardziej szczegółowego wyjaśnienia niektórych kwestii. W związku z tym ani fakt ponownego wezwania wykonawcy PLL LOT do wyjaśnień, ani ww. treść uzasadnienia odrzucenia oferty nie przesądza w żaden sposób, że to ponowne wezwanie było niedopuszczalne, tj. że nie miała miejsca sytuacja uprawniająca do wezwania wykonawcy do złożenia uzupełniających wyjaśnień. Należy podkreślić, że Izba nie jest uprawniona do przedstawiania uzasadnienia zarzutu za odwołującego, a tym bardziej do jego konstruowania. Trzeba bowiem przypomnieć, że pod pojęciem zarzutu na gruncie przepisów regulujących postępowanie odwoławcze rozumie się przede wszystkim wskazane przez odwołującego okoliczności faktyczne potwierdzające naruszenie przez zamawiającego określonych przepisów prawa. Przepisy ustawy Pzp nie zabraniają wykonawcy podniesienia zarzutu bez znajomości treści podstawowego dokumentu, do którego zarzut ten się odnosi,

jednakże w tej sytuacji wykonawca musi liczyć się z negatywnymi konsekwencjami takiego działania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym, trzecim i czwartym sentencji, na podstawie przepisów art. 553, art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp z 2019 r.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp z 2019 r. oraz: § 8 ust. 2 zdanie pierwsze (KIO 1884/21), i § 7 ust. 2 pkt 3 oraz ust. 4 (KIO 1895/21) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....