

WYROK
z dnia 8 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2019 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2019r. przez wykonawcę **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k., z siedzibą w Kielnarowej** w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej**

przy udziale:

1) wykonawcy **Business Travel Club Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

oraz

2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **eTravel S.A. z siedzibą w Warszawie, Bankowe Biuro Podróży Travelbank Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Warszawie.**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Świadczenie usług logistycznych obsługi podróży służbowych w PSE S.A.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 048-111381.

W dniu 7 czerwca 2019r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty, oferty złożonej przez wykonawcę Business Travel Club Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „BTC” lub „Przystępujący”).

Wykonawca – WhyNotTravel sp. z o.o. z siedzibą w Kielnarowej (dalej: „Odwołujący”) w dniu 17 czerwca 2019r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności Zamawiającego polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty, zaniechaniu odrzucenia oferty BTC, zaniechaniu wyjaśnienia rażąco niskich składników ceny lub kosztu w odniesieniu do oferty BTC.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania BTC do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny i kosztu oferty BTC oraz jej istotnych części składowych;
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010; dalej: „u.z.n.k.”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i narusza interes Odwołującego oraz Zamawiającego.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. wezwania BTC do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny i kosztu oferty BTC oraz jej istotnych części składowych;
3. odrzucenia oferty BTC;
4. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty, Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający prowadzi postępowanie, w którym złożono 3 oferty. Postępowanie prowadzone jest w następującym zakresie:

1. usługi sprzedaży biletów podróży i pakietów wycieczkowych,
2. usługi podróże,

Sygn. akt KIO 1140/19

3. usługi zarządzania podróżą,
4. usługi dodatkowe dla transportu lotniczego,
5. wynajem samochodów osobowych wraz z kierowcą,
6. usługi ubezpieczeniowe.

Ponadto wskazał, że Zamawiający ustalił w postępowaniu następujące składniki cenowo-kosztowe:

1. Opłata transakcyjna, ustalana osobno dla każdego rodzaju usług, poza usługami ubezpieczeniowymi, za które opłata transakcyjna nie przysługuje, (§ 7 ust. 1 wzoru umowy);
2. Upust wyrażony w procentach od podstawy taryfy (VII. 5 SIWZ) i na zrealizowane bilety lotnicze krajowe i międzynarodowe; na inne usługi upust nie przysługuje (§ 7 ust. 4 wzoru umowy);
3. Bonifikata wyrażona kwotowo, płatna przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego niezależnie od ilości zamówionych usług.

Wskazał, że składnikom cenowo kosztowym odpowiadały dwa osobne kryteria oceny ofert Kryterium 1: Cena w zł za całość przedmiotu zamówienia z podatkami; Kryterium 3: Upust wyrażony w %. Kryterium 1 zostało dodatkowo podzielone na kolejne podkryteria:

1. Opłata transakcyjna za zakup pojedynczego biletu lotniczego zagranicznego,
2. Opłata transakcyjna za zakup pojedynczego biletu lotniczego krajowego,
3. Opłata transakcyjna za zakup pojedynczego biletu kolejowego zagranicznego,
4. Opłata transakcyjna za zakup pojedynczego biletu kolejowego krajowego,
5. Opłata transakcyjna za pojedyncze pośrednictwo przy wynajmie samochodu zagranicą,
6. Opłata transakcyjna za pojedyncze pośrednictwo wizowe,
7. Opłata transakcyjna za pojedyncze pośrednictwo rezerwacji hotelu (za granicą),
8. Wartość bonifikaty oferowanej przez Wykonawcę (zł).

Odwołujący wskazał, że Zamawiający przyznał następujące wagi Kryteriom oceny ofert: Kryterium 1 (cena) - 70%; Kryterium 2 (Usługi dodatkowe) - 20%; Kryterium 3 (upust) - 10%.

W zakresie Kryterium 1 oferty Wykonawców opiewały na następujące wartości:

1. Odwołującego na kwotę 11 297 496,70 zł;
2. eTravel na kwotę 11 116 837,31 zł (po poprawieniu omyłki rachunkowej);
3. BTC na kwotę 11672 787,00 zł.

Z powyższego Odwołujący wywiódł, że oferta BTC była najmniej korzystną ofertą w kryterium cenowym — Kryterium 1. Odwołujący wskazał również, że w podkryterium Opłata transakcyjna za zakup pojedynczego biletu lotniczego zagranicznego, stanowiącym elementem Kryterium 1 (cena) BTC zaoferował opłatę transakcyjną w wysokości 149 zł, co stanowi, zdaniem Odwołującego „wartość absurdalnie wręcz wysoką i wielokrotnie przekraczającą koszty

Sygn. akt KIO 1140/19

wykonania usługi". Podkreślił, iż Zamawiający przewiduje zlecenie zakupu aż 3800 biletów lotniczych zagranicznych, co stanowi 61,69% całego przewidywanego wolumenu usług.

Kolejno Odwołujący wskazał, że w Kryterium 2 wszystkie oferty otrzymały maksymalną liczbę punktów, a w kryterium 3 (upust) złożone oferty opiewały na następujące wartości:

1. Odwołujący: 3,97%;
2. eTravel: 1,01%;
3. BTC: 7,99%.

Według Odwołującego upust wskazany w ofercie BTC „jest skrajnie wysoki i niespotykany na rynku dla biletów lotniczych zagranicznych. W przypadku biletów lotniczych krajowych takiej wysokości upustu nie może zaoferować żaden agent operujący na polskim rynku. Tymczasem upust w postępowaniu dotyczy zarówno połączeń lotniczych zagranicznych i krajowych”. Wyjaśnił, że agenci IATA, co prawda otrzymują prowizję za sprzedaż biletu lotniczego, jednak poziom 8% prowizji jest dla agenta nieosiągalny w kontekście całej umowy. Innymi słowy, zakup biletu przynajmniej o 8% taniej od linii lotniczej jest dla agenta możliwy wyłącznie w nieznaczącym zakresie względem całego wolumenu biletów. Średnio koszt zakupu biletów przez agenta waha się pomiędzy 96%, a 99,99% standardowej ceny biletu, dostępnej powszechnie na rynku. Wskazał również, że Zamawiający w ten sposób ukształtował kryteria oceny ofert, iż wysokość upustu miała znacznie większe znaczenie niż wartość opłat transakcyjnych. Zamawiający oceniał sumę wartości opłat transakcyjnych łącznie z ceną usług turystycznych. Do szacowanej sumy opłat transakcyjnych należało doliczyć aż: 11 013 650 zł i w ten sposób otrzymywało się wartość podaną w Kryterium 1. Odwołujący wskazał, że suma samych opłat transakcyjnych zaoferowana przez każdego z Wykonawców przedstawia się następująco:

1. WNT: 283 846,70 zł;
2. eTravel: 103 187,31 zł;
3. BTC: 659 137,00 zł.

w związku z czym w sposób wyraźny widać, iż BTC zaoferował wykonanie usług za cenę ponad 2 razy wyższą od Odwołującego. W wartościach bezwzględnych oferta BTC jest droższa o około 365 000 zł. Niemniej wartości te zostały zmarginalizowane poprzez łączną ocenę kosztu wykonania umowy (koszt zakupu usług turystycznych) łącznie z ceną oferowaną przez wykonawców w postępowaniu. W istocie kryterium cenowe, polegające na podliczeniu sumy opłat transakcyjnych okazało się mieć wagę o wartości 3,5% (różnica pomiędzy najtańszą a najdroższą ofertą wynosi 3,33 pkt). Natomiast wartość Kryterium 3 (upust) posiada wagę 10% (różnica pomiędzy oceną najwyższego upustu, a najniższego upustu wynosi 8,74 pkt). Odwołujący ponownie wskazał, że Zamawiający nadał znaczenie o wartości 10% jednemu z kryteriów oceny ofert dotyczącego kosztu wykonania zamówienia, tj. kryterium upustu od zakupu biletów lotniczych. Kryterium to odnosi się do dokładnie tego samego

Sygn. akt KIO 1140/19

składnika cenowo- kosztowego, co podkryterium oceny ofert Oplata transakcyjna za zakup pojedynczego biletu lotniczego zagranicznego. Wykonawca BTC wykorzystał tę sytuację oferując upust powyżej swoich możliwości, natomiast rekompensując to absurdalnym wręcz zawyżeniem opłaty transakcyjnej od biletu lotniczego. Wartość 149 zł opłaty transakcyjnej nie jest nigdzie spotykana na rynku sprzedaży biletów lotniczych. Wskazał ponadto, iż wykonawca BTC dotychczas prowadził obsługę Zamawiającego, a więc miał pełne dane o ilości i cenie biletów lotniczych nabywanych przez Zamawiającego. Posiadając te dane mógł dokonać prostych w gruncie rzeczy wyliczeń, które pozwoliły mu oszacować, ile złotych taniej sprzedaje bilet oferując 7,99% upustu, a następnie w pełni skompensował tą wartość w podkryterium Oplata transakcyjna, za zakup pojedynczego biletu lotniczego zagranicznego. Jest to działanie o tyle bezpieczne, iż zgodnie z dokumentacją przedstawioną przez Zamawiającego, aż 95% zakupionych biletów będzie kupionych na loty zagraniczne.

Odwołujący stwierdził, że oferta wykonawcy BTC wygrała z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu w kryteriach kosztowo-cenowych, mimo iż realnie jest to najdroższa dla Zamawiającego. W kryterium jakościowym oceniono wszystkich wykonawców tak samo. Biorąc pod uwagę ceny po uwzględnieniu upustu od podstawy taryfy (Wykonawca przyjął wartość z własnych raportów, iż podstawa taryfy stanowi 68% wartości całkowitej ceny biletu):

1. Cena + koszt Odwołującego: 11 036 661,35;
2. Cena + koszt eTravel: 11 050 478,69;
3. Cena + koszt BTC: 11 147 831,22

Z kolei sama wartość upustu kształtuje się następująco:

1. Odwołujący: 260 835,35 zł;
2. eTravel: 66 358,62 zł;
3. 524 955,78 zł.

Średnia wartość upustu w postępowaniu w wynosi: 284 049,9173 zł.

W konsekwencji Odwołujący wskazał, że mimo, iż BTC zaoferował upust o wartości znacznie przekraczającej realia rynkowe, w tym upust oferowany w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przez agentów IATA, dwukrotnie wyższy od drugiego zaoferowanego upustu oraz od średniej zaoferowanych upustów w postępowaniu oraz całkowicie oderwanym i przekraczający indywidualne możliwości BTC lub jakiegokolwiek innego agenta IATA na rynku - to Zamawiający bez żadnego uzasadnienia odstąpił od badania tego elementu kosztu oferty BTC.

Według Odwołującego, tak wysoki upust w sytuacji normalnej tj., gdyby nie nastąpiłoby zawyżenie ceny w innych kryteriach dotyczących ceny lub kosztu oferty BTC, jednoznacznie doprowadziłby do braku możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, gdyż margines zysku, na którym operuje Wykonawca BTC przy sprzedaży usług turystycznych jest znacząco niższy niż 8%.

Sygn. akt KIO 1140/19

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości, co do sposobu wyliczenia ceny i kosztu oferty BTC i zastosować dyspozycję art. 90 ust. 1 Pzp, przynajmniej w odniesieniu do zaoferowanego przez tego wykonawcę upustu. Niemniej, zdaniem Odwołującego tak wysoki upust, w zestawieniu z innymi elementami wyceny oferty BTC powinien skutkować wezwaniem do wyjaśnienia wszystkich elementów cenowo- kosztowych oferty BTC, gdyż budzi wątpliwości, co do rzetelności wyceny jego oferty i w konsekwencji, co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący zauważył ponadto, iż w postępowaniach na kompleksową organizację podróży służbowych (sprzedaż licznych usług zmierzających do organizacji podróży na rzecz tego samego Zamawiającego) wykluczone jest przenoszenie kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami cenowymi lub kosztowymi, gdyż zamówienia są składane w zależności od potrzeb Zamawiającego. Tak więc, zdaniem Odwołującego zaniżenie któregośkolwiek elementu kosztu lub ceny oferty powinno prowadzić do wyjaśnienia ceny lub kosztu w tym zakresie, a następnie do odrzucenia takiej potencjalnie zaniżonej oferty (por. § 1 ust. 3 wzoru umowy). W dokumentacji postępowania nie zagwarantowano minimalnego zakresu wykonania umowy.

Uzasadniając zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Odwołujący stwierdził, że analiza stanu faktycznego jasno wskazuje na fakt, iż BTC zamierza pokryć ponadstandardowo wysoki koszt upustu z ponadstandardowo wysokiej ceny opłaty transakcyjnej za wystawienie biletów lotniczych zagranicznych. Takie działanie wykonawcy BTC wypacza sens kryteriów oceny ofert przyjętych w postępowaniu. Zamawiający osobno badał „standardową” cenę i koszt oferty w kryterium cenowym. Dodatkowo pozwolił wykonawcom na przeniesienie na siebie części lub całości pozyskiwanych przez wykonawców zysków/provizji/zniżek od linii lotniczych i systemów GDS poprzez zaoferowanie upustu. Niemniej, jeżeli Zamawiający ma płacić, np. 1 zł za każde około 0,70 zł upustu to jest to całkowicie nie w interesie Zamawiającego i stanowi wypaczenie celu Kryterium 3 - upust. Tymczasem oferta BTC została właśnie oparta o założenie, iż Zamawiający w ramach opłaty transakcyjnej sfinansuje udzielony mu upust zapewniając w ten sposób dodatkowy zysk Wykonawcy BTC oraz nieuzasadnioną przewagę w kryteriach oceny ofert. W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że złożenie oferty, w której doszło do wykorzystania kryteriów oceny ofert w taki sposób, iż oferta najdroższa w postępowaniu zostaje najwyżej oceniona w kryteriach oceny ofert dotyczących ceny lub kosztu niewątpliwie stanowi przynajmniej działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, a także działanie sprzeczne z prawem w zakresie w jakim jest po prostu działaniem na szkodę Zamawiającego. Jednocześnie działanie takie narusza interes Odwołującego (nie uzyska on zamówienia, pomimo iż zaoferował ofertę realnie najkorzystniejszą w kryteriach oceny ofert) oraz Zamawiającego (przeplaci za realizację zamówienia).

Sygn. akt KIO 1140/19

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 lipca 2019r. wniósł o oddalenie odwołania. Wyjaśnił, że zamówienie na świadczenie usług logistycznych obsługi podróży służbowych, obejmujące m.in. usługi sprzedaży biletów podróży i pakietów wycieczkowych, w tym pośrednictwo w sprzedaży biletów lotniczych krajowych i zagranicznych, charakteryzuje się szczególną specyfiką, właściwą właśnie dla zamawianych usług. Podkreślił, że Zamawiający w takim postępowaniu jedynie prognozuje swoje potrzeby w zakresie zapotrzebowania na przeloty krajowe i zagraniczne, krajowe i zagraniczne przejazdy kolejną, usługi wizowe i zagraniczne usługi hotelowe, dając jednocześnie wykonawcom informację o przewidywanym wstępnie wolumenie umowy, nie gwarantując jednak zakupu wskazanych w SIWZ ilości przelotów czy przejazdów kolejowych, usług hotelarskich i innych. Ta bowiem ukształtuje się dopiero na etapie wykonywania umowy i może odbiegać od prognoz przyjmowanych do wyliczenia ceny oferty. Specyfika postępowania na zakup usług logistycznych obsługi podróży służbowych wymaga również odejścia od klasycznego podejścia do kwestii kryteriów oceny ofert i wymusza szczególne podejście do konstrukcji ceny oferty w postępowaniu i innych pozacenowych kryteriów oceny ofert, którymi posiłkuje się Zamawiający celem wyboru oferty najkorzystniejszej. Podkreślił, że nie mamy tutaj do czynienia z „jedną prostą ceną” za świadczoną usługę, którą można podstawić pod formułę matematyczną. Z powyższych względów w ramach Kryterium nr 1 „Cena w zł za całość przedmiotu zamówienia z podatkami” Zamawiający skonstruował w postępowaniu złożony z kilkunastu pozycji Formularz cenowy obejmujący wyceny świadczonych usług, uwzględniający również możliwość zaoferowania bonifikaty, w oparciu o który wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli obliczyć cenę oferty i przenieść ją do Formularza ofertowego. Dodatkowo, mając na względzie fakt, że przeważająca część zamówienia wiązała się z zakupem usług pośrednictwa w odniesieniu do biletów lotniczych zagranicznych i krajowych, Zamawiający jako odrębne kryterium oceny ofert (Kryterium nr 3) ustanowił upust w procentach od cen biletów (waga 10%). Trzecie kryterium, o wadze 20% odnosiło się z kolei do usług dodatkowych (świadczenie usług poza godzinami pracy biura — call center/dyżur po godzinach pracy) (Kryterium nr 2).

Zamawiający wyjaśnił, że każdy z wykonawców miał pełną swobodę w zaoferowaniu ocenianych w ramach Kryterium nr 1 cen transakcyjnych za poszczególne elementy objętych postępowaniem usług logistycznych. Rozłożenie akcentów cenowych na opłaty transakcyjne, czy wysokość bonifikat albo uwzględnienie w większym stopniu procentowego upustu w ramach Kryterium nr 2, leżało po stronie wykonawców. Każdemu z nich Zamawiający udostępnił dokładnie te same szacunkowe dane i informacje, które zostały przyjęte w oparciu o przeprowadzone zgodnie z zasadami Pzp szacowanie wartości zamówienia.

Sygn. akt KIO 1140/19

Zamawiający wyjaśnił, że nie określił, ani nie wskazał w Formularzu cenowym proporcji, czy maksymalnych kwot właściwych poszczególnym opłatom transakcyjnym, czy procentów ograniczających, czy narzucających z góry ich wysokość.

W jego opinii nie można uznać, że zaoferowanie ceny jednostkowej opłaty transakcyjnej na poziomie 149 zł stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w sytuacji, gdy ceny konkurentów za tę pozycję opiewają na kwotę 57 zł i 19,90 zł. Wyższa wycena pozycji w ramach oferty BTC zdaniem Zamawiającego nie może być postrzegana w kategorii czynu nieuczciwej konkurencji. Ponadto Zamawiający podkreślił, że Odwołujący, powołując się na naruszenie art. 3 ust. 1 u.z.n.k. zobowiązany jest do powołania się i sprecyzowania przepisów prawa lub skonkretyzowania dobrych obyczajów, które narusza ustanowienie opłaty transakcyjnej we wskazanej w ofercie BTC wysokości / zaoferowanie wartości procentowej upustu na określonym poziomie, jak również do wykazania, że ww. działania naruszają/zagrażają jego interesom. W treści odwołania brak jest obydwu ww. elementów. Opieranie się w kalkulacji ceny na własnych i właściwych danemu wykonawcy założeniach cenowo/kalkulacyjnych nie nosi znamion działania sprzecznego z prawem lub zasadami współżycia społecznego, ani też nie narusza dobrych obyczajów kupieckich.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniami Odwołującego jakoby cena transakcyjna za usługę rezerwacji biletu lotniczego międzynarodowego i krajowego na poziomie 149 zł była „absurdalnie wysoką, wręcz niespotykaną i wielokrotnie przekraczającą koszty wykonania usługi”. Wskazał, że przed wszczęciem postępowania przeprowadził rozeznanie rynku, w trakcie którego oferowane wartości opłat transakcyjnych wahały w granicach od 39 zł do ok. 150 zł w odniesieniu do jednego biletu. Powyższe wskazuje, że zaoferowana przez BTC wysokość opłaty transakcyjnej ma charakter rynkowy. Również dane udostępniane przez różnych agentów na stronach internetowych pokazują, że wysokości opłat transakcyjnych, zwanych również niekiedy serwisowymi, wahają się na różnym poziomie, a wysokość opłaty transakcyjnej zależy od podmiotu świadczącego usługi i różnych czynników (np. destynacji połączeń, planowanego wolumenu zamawianych biletów, zakresu przedmiotowego świadczonej usługi, itp.), i kształtuje się ona na różnym poziomie, również na poziomie zbliżonym do zaoferowanego przez wykonawcę BTC.

Zdaniem Zamawiającego brak jest również podstaw do wzywania do wyjaśnień ceny wykonawcy BTC ujętej w Formularzu ofertowym, czy też poszczególnych cen jednostkowych opłat transakcyjnych znajdujących się w Formularzu cenowym. Zarówno bowiem cena za przedmiot zamówienia ujęta w Formularzu ofertowym, jak i wartość sumy zamawianych usług logistycznych wyrażona wysokością sumy opłat transakcyjnych w wierszu 1.1 lit. f) Formularza cenowego, jak również same ceny jednostkowe tych opłat zawarte w Formularzu cenowym, są na rynkowym poziomie i nie rodzą podejrzenia zbyt niskiego ich skalkulowania.

Sygn. akt KIO 1140/19

Według Zamawiającego przepis art. 90 ust. 1 Pzp, ma na celu usunięcie wątpliwości Zamawiającego co do podstaw skalkulowania ceny w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwości co do możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia za kwoty wskazane w ofercie wykonawcy. W sytuacji zaś, gdy ani cena oferty, ani jej istotne części składowe, takich wątpliwości nie budzą, tj. nie wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, brak jest podstaw do wzywania wykonawcy do wyjaśnień ceny rażąco niskiej w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający podkreślił, że prezentowane w odwołaniu podejście jest całkowicie błędne i przede wszystkim nie znajduje oparcia w zapisach SIWZ i treści wzorów formularzy ofertowego i cenowego. Wyjaśnił, że sposób wyliczenia ceny zawarty w Formularzu cenowym (Kryterium nr 1) nie nakazywał obniżania prognozowanej ceny części biletów krajowych i zagranicznych o zaoferowany przez wykonawcę procentowy upust. Tabela stanowiąca podstawę do wyliczenia ceny nie nakazywała dokonania takiej operacji. Zamawiający wymagał jedynie wskazania procentowej wartości upustu w Formularzu ofertowym, gdzie wykonawcy zobowiązani byli wpisać informacje o wysokości procentu udzielanego upustu, który na etapie realizacji umowy będzie naliczany od cen biletów lotniczych krajowych i zagranicznych. Zamawiający opisał sposób obliczenia ceny poprzez odesłanie do Formularza cenowego, który zawierał ceny za świadczone usługi logistyczne i na tej podstawie oceniał oferty wykonawców w ramach kryterium cenowego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Kryterium 3 nie odnosiło się do „dokładnie tego samego składnika cenowokosztowego, co (...) opłata transakcyjna za zakup pojedynczego biletu lotniczego zagranicznego”. Zamawiający nie przewidział w SIWZ, że cena oferty będzie liczona z uwzględnieniem upustu i oceniana w ramach jednego kryterium „cenowego”, czy „cenowo - kosztowego”. Kryterium nr 1 dotyczące ceny odnosiło się do ceny usług logistycznych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia wyznaczonej sumą opłat transakcyjnych za świadczenie tych usług. Z kolei Kryterium nr 3 nie odnosiło się do upustu procentowego od opłat za usługi transakcyjne, ale do upustu procentowego od oznaczonych na etapie realizacji umowy cen konkretnych dostarczanych Zamawiającemu biletów lotniczych (od przedmiotu dostawy, którego dotyczy usługa logistyczna). Tym samym, wartość procentowa upustu planowanych do zamówienia biletów lotniczych nie może być w żadnym razie traktowana jako „istotna część składowa zaoferowanej ceny/kosztu” w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp. W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia dotyczące zaoferowanego procentu upustu nie mogą być zgodnie z prawem prowadzone na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, i już to skutkuje bezzasadnością postawionego zarzutu. Konstrukcja zapisów SIWZ wskazuje bowiem jasno, że cena świadczonych usług obliczona jest w oparciu o Formularz cenowy. Upust będzie wpływał na obniżenie ogólnej wartości faktur wykonawcy za świadczone usługi na etapie realizacji umowy,

Sygn. akt KIO 1140/19

jednak nie stanowi on elementu zaoferowanej przez wykonawcę ceny usług w rozumieniu SIWZ. Nie jest on bowiem naliczany od zaoferowanych cen jednostkowych opłat transakcyjnych, które wykonawcy wyceniali w ramach Formularza cenowego. Tym samym brak jest podstaw do jego wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Zdaniem Zamawiającego brak jest także podstaw do twierdzenia, że zaoferowanie upustu procentowego od ceny części biletów krajowych i zagranicznych, które będą zamawiane, na poziomie 7,99% może budzić jakiegokolwiek wątpliwości w kontekście uregulowania zawartego w art. 90 ust. 1 Pzp. Jakkolwiek to nie wykonawca ustala cenę za bilet, gdyż ta zależy od linii lotniczej, to udzielenie przez wykonawcę upustu od ceny biletu na poziomie 7,99% zdaniem Zamawiającego na pewno nie będzie powodowało, że cena biletu będzie rażąco niska, bądź że wykonawca będzie prowadził swoją działalność w ramach realizacji umowy nie pokrywając kosztów zakupu biletu. Ponadto zdaniem Zamawiającego czym innym jest upust procentowy od ceny biletów, a czym innym jest prowizja za sprzedaż biletu lotniczego otrzymywana przez agenta (brak tutaj znaku równości). Upust może bowiem uwzględniać również inne elementy poza prowizją agenta. W wyroku KIO 558/17 Izba wskazała, że: „agent IATA może udzielić opustu od ceny biletu w imieniu własnym, co wymaga udokumentowania tego faktu na jego fakturze”. Sama okoliczność, że Odwołujący korzysta z niższych upustów, czy ma gorsze warunki zakupu, w żaden sposób nie dowodzi, że konkurenci nie mają możliwości uzyskania atrakcyjniejszych warunków zakupu. Zamawiający podkreślił, że z informacji umieszczonych na stronach internetowych - gdzie znajduje się skan umowy zawartej pomiędzy Uniwersytetem Gdańskim, a konsorcjum firm WhyNotTravel Sp. z o.o. sp. k. i WhyNotTravel Sp. z o.o.) wynika, że wykonawca ten zaoferował upust na bilety krajowe na poziomie 5,1%, zaprzeczając tym samym tezie o braku możliwości uzyskania upustu na bilety krajowe na poziomie przekraczającym 4%. Wskazał także, że Odwołujący w postępowaniu o analogicznym przedmiocie prowadzonym przez zamawiającego Telewizję Polską (TVP) zaoferował upust od ceny biletów krajowych i zagranicznych na poziomie 7,7%. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że BTC zaniżył koszt zakupu biletów poprzez zaoferowanie zbyt wysokiego upustu. Brak jest jakichkolwiek dowodów wskazujących, że zaoferowany upust odbiega od cen rynkowych. Nawet zatem gdyby uznać, że na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający mógłby badać tę wartość procentową, brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że zaoferowana przez wykonawcę BTC wartość upustu mogłaby lub powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący nie wykazał też, że zaoferowana przez BTC wysokość opłat transakcyjnych była zawyżona, ani że zaoferowana procentowa wartość upustu była zbyt wysoka, co stanowić miało podstawę do zarzutów naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

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

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Business Travel Club Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: eTravel S.A. z siedzibą w Warszawie i Bankowe Biuro Podróży Travelbank Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba oddaliła opozycję Odwołującego odnośnie przystąpienia wykonawcy eTravel S.A., Bankowe Biuro Podróży Travelbank Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie stwierdzając, że wykonawca ten posiada interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystąpienie tego wykonawcy zmierzało bowiem do wykazania prawidłowości czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania.

Izba ustaliła:

Zgodnie z Działem II pkt 3 lit. i) SIWZ Zamawiający zdefiniował pojęcie ceny wskazując, że należy rozumieć ją jako cenę zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014r. – o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U z 2017r., poz. 1830). Ponadto w Dziale XVI pkt 4 SIWZ Zamawiający wskazał, że cenę oferty należy obliczyć zgodnie z treścią Formularza oferty – stanowiącego Wzór nr 1 Część III SIWZ (wraz z formularzem cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do wzoru nr 1). Zamawiający w Dziale XVII pkt 2) SIWZ wskazał także, że dokona oceny ofert na podstawie następujących kryteriów:

- cena w zł za całość przedmiotu zamówienia z podatkami – waga 70%;
- usługi dodatkowe (świadczenie usług poza godzinami pracy biura – call center/dyżur po godzinach pracy) – waga 20%;
- upust w % - waga 10%.

Sygn. akt KIO 1140/19

W punkcie 6 Zamawiający wskazał natomiast, że będzie oceniał oferty w poszczególnych kryteriach. Punkty uzyskane w poszczególnych kryteriach oferty zostaną zsumowane, a z ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska najwyższą liczbę punktów przyznanych w ramach kryterium 1, kryterium 2 i kryterium 3.

Izba zważyła:

Odnosząc się do pierwszego zarzutu odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp wskazać należy, że zgodnie z powyższym przepisem jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

Odwołujący zauważył, że pomimo, iż Przystępujący zaoferował upust znacznie przekraczający realia rynkowe i dwukrotnie wyższy od drugiego zaoferowanego upustu od średniej zaoferowanych upustów w postępowaniu oraz całkowicie oderwany i przekraczający indywidualne możliwości wykonawcy BTC lub jakiegokolwiek innego agenta IATA na rynku to Zamawiający bez żadnego uzasadnienia odstąpił od badania tego elementu kosztu oferty BTC. Odwołujący wywodził także, że tak wysoki upust w sytuacji, gdyby nie doszło do zawyżenia ceny w innych kryteriach dotyczących ceny lub kosztu oferty BTC, jednoznacznie doprowadziłby do braku możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, gdyż margines zysku, na którym operuje wykonawca BTC przy sprzedaży usług turystycznych jest znacząco niski.

Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 Pzp. W pierwszej kolejności wskazać należy, że obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnień powstaje, gdy po stronie Zamawiającego pojawią się wątpliwości co do prawidłowego skalkulowania ceny oferta lub gdy cena ta wydaje się być rażąco niska. W niniejszym postępowaniu taka wątpliwość po stronie Zamawiającego nie zaistniała. Odwołujący nie wykazał również, że cena oferty wykonawcy BTC jest rażąco niska, przeciwnie - jak wskazywał Odwołujący – cena oferty wykonawcy BTC była najmniej korzystna cenowo dla Zamawiającego, tj. była ona ofertą najdroższą. Już ta okoliczność powoduje, że w niniejszym postępowaniu brak było podstaw do wzywania BTC do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp.

Niezależnie od powyższego, w ocenie składu orzekającego, przy tak ukształtowanych zapisach specyfikacji - jak w niniejszym postępowaniu - odnośnie kryteriów oceny ofert nie sposób uznać, że upust stanowi część składową ceny lub kosztu, który podlegałby wyjaśnieniu w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Podkreślić należy, że Zamawiający wskazując na sposób obliczenia

Sygn. akt KIO 1140/19

ceny w Formularzu cenowym nie nakazywał obniżenia tej ceny o wartość udzielonego upustu wyrażanego w procentach. Zamawiający oczekiwał podania wysokości upustu w procentach i na tej podstawie przyznawał punkty w kryterium nr 3. Izba w składzie orzekającym popiera stanowisko Izby wyrażone w wyroku KIO 558/17, zgodnie z którym „uwzględniając ustawową definicję ceny, nie można utożsamiać kryterium ceny, obejmującym opłaty transakcyjne od określonych czynności (usług) z kryterium opustu od ceny biletu lotniczego. Oczywiście jest, że powyższe kryteria są mierzone w postępowaniu w różnych jednostkach, w szczególności wielkość opustu nie jest wyrażana w jednostkach pieniężnych, co przeczy twierdzeniu, że jest element stanowiący cenę i tym samym kryterium ceny. Trzeba zauważyć, że konkretna kwota wynikająca z opustu jest znana dopiero w momencie dokonywania konkretnej rezerwacji biletu, gdyż na etapie oceny ofert nie jest znana cena biletów. Zatem wartość ta, choć w praktyce nabierze wymiaru pieniężnego przy realizacji umowy, to na etapie oceny ofert nie może być porównywana w ramach kryterium ceny, gdyż nie stanowi ceny.”. Udzielony przez wykonawcę upust będzie wpływał na obniżenie ogólnej wartości faktur wykonawcy za świadczone usługi dopiero na etapie realizacji usługi, jednak nie stanowi on elementu zaoferowanej przez wykonawcę ceny usługi w rozumieniu SIWZ. Nie jest on bowiem naliczany od zaoferowanych cen jednostkowych opłat transakcyjnych.

Ponadto wskazać należy, że Zamawiający w SIWZ nie określił, ani nie wskazał w Formularzu cenowym konkretnych wymagań co do proporcji, czy maksymalnych kwot właściwych poszczególnym opłatom transakcyjnym, czy też procentów ograniczających ich wysokość. Każdy z wykonawców mógł więc dowolnie zgodnie ze swoim modelem biznesowym, przy uwzględnieniu swojej indywidualnej sytuacji i pozycji rynkowej skalkulować wysokość opłat transakcyjnych. Tym samym możliwości zaoferowania przez Odwołującego upustu na poziomie wskazanym w formularzu ofertowym nie wykluczają, iż Przystępujący miał możliwość zaoferowania tego upustu na poziomie wyższym niż Odwołujący. Podkreślić bowiem należy, że z przedłożonych na rozprawie dowodów w tym kalkulacji ceny oferty wraz z wykazaniem możliwości zaoferowania upustu na poziomie 7,99% (zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa) wynika, że zaoferowany przez BTC upust znajduje pokrycie w prowizjach o charakterze gwarantowanym i premiach uzyskiwanych przez Przystępującego na podstawie zawartych umów z Amadeus Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie Przystępujący podał bowiem główne źródła przysługujących mu prowizji, ich kwotową wysokość oraz wymienił otrzymywane różne dodatkowe benefity, jak np. uzyskiwane premie. Wyliczenia i dowody zawarte w ww. piśmie Przystępującego potwierdzają, że faktycznie wykonawca ten korzystając z uzyskiwanych prowizji i premii może wykonać niniejsze zamówienie i osiągnąć zysk. Tym samym, po analizie ww. wyjaśnień, Izba uznała, że zaoferowany przez Przystępującego upust znajduje pokrycie we wskazanych źródłach.

Sygn. akt KIO 1140/19

Odnosząc się w tym miejscu do przedłożonych przez Odwołującego dowodów to wskazać należy, że okoliczność zaoferowania przez BTC upustu w wysokości 7,99% nie był oferowany, nie wyklucza, że obecnie, w niniejszym postępowaniu wykonawca ten ma możliwość jego zaoferowania. Ponadto odnosząc się do dowodu złożonego przez Odwołującego (oznaczony przez Izbę nr 3) złożonego w celu wykazania, iż opłaty prowizyjne od dużych linii lotniczych nie przekraczają 5 % i że wysokość tych opłat prowizyjnych zależy od obrotu rocznego to wskazać należy, że powyższe statystyki dotyczą roku 2015. Odwołujący nie wykazał natomiast, że w latach kolejnych opłaty prowizyjne nie ulegały zwiększeniu.

Kolejno wskazać należy, że Izba uznała, iż wbrew stanowisku Odwołującego, nie można uznać, aby zaoferowana przez Przystępującego opłata transakcyjna w wysokości 149 zł była opłatą zbyt wygórowaną. Podkreślić należy, że zarówno Zamawiający jak i Przystępujący wykazali, że opłata ta ma charakter rynkowy. Zamawiający wyjaśnił bowiem, że przed wszczęciem postępowania przeprowadził rozeznanie rynku i ustalił, że ceny opłat transakcyjnych wahają się od ok. 40 zł do 150, Przystępujący natomiast przedstawił dowody, że ceny te kształtują się na poziomie ok 119-125 zł. Tym samym skład orzekający uznał, że zaoferowanej przez Przystępującego ceny 149 zł nie można uznać za nierynkową, czy też zbyt wygórowaną. Ponadto wskazać należy, że wysokość tej opłaty, na co zwracał uwagę Zamawiający, jest uzależniona od pomiotu świadczącego usługi jak również takich czynników jak destynacja połączeń, planowany wolumen zamawianych biletów, czy też zakres świadczonej usługi.

W konsekwencji powyższych ustaleń Izba uznała, iż nie doszło w niniejszym postępowaniu do naruszenia także przepisu art. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Stosownie zaś do treści art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, a także działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący nie zdołał wykazać, że Przystępujący działał sprzecznie z prawem lub dobrymi obyczajami w sposób zagrażający lub naruszający interes innego przedsiębiorcy oraz że działał w celu utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku lub w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Okoliczność, że Przystępujący

Sygn. akt KIO 1140/19

kalkulując wysokość przyjętej opłaty transakcyjnej za usługę rezerwacji biletu lotniczego na poziomie wyższym niż Odwołujący przy jednoczesnym zaoferowaniu upustu na poziomie wyższym od tego wykonawcy, wynika z przyjętej przez Przystępującego taktyki biznesowej. Nie prowadzi natomiast do eliminacji z rynku innych wykonawców ani nie wypełnia przesłanek zawartych w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Ponadto wskazać należy, że Odwołujący nie wykazał z jakimi normami prawnymi i dobrymi obyczajami działania Przystępującego są sprzeczne. W związku z tym nie ma podstaw do stwierdzenia, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył przepisów art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Nie uwzględniono wniosku Przystępującego BTC o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego, gdyż brak ku temu podstaw prawnych. W przypadku oddalenia odwołania, Izba zasądza od Odwołującego na rzecz Przystępującego koszty, o których mowa w § 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia jedynie w sytuacji, w której uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie Zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (§ 5 ust. 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia). W niniejszym stanie faktycznym z taką sytuacją nie mamy do czynienia w związku z powyższym należało uznać, że żądanie Przystępującego nie znajduje oparcia w przepisach prawa.

Przewodniczący:.....