

WYROK
z dnia 18 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Robert Skrzyszewski**
 Ewa Rzońca
 Ewa Sikorska

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lutego 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Why Not USA D. Z....., M. N..... Sp. J., Why Not FLY Sp. z o.o., ul. Sokoła 4a, 35-010 Rzeszów** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Badań Edukacyjnych, ul. Górczewska 8, 01-180 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **BUSINESS TRAVEL CLUB Sp. z o.o., ul. Kopernika 30, 00-336 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Why Not USA D. Z....., M. N..... Sp. J., Why Not FLY Sp. z o.o., ul. Sokoła 4a, 35-010 Rzeszów** i:
 - 2.1. 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: **Why Not USA D. Z....., M. N..... Sp. J., Why Not FLY Sp. z o.o., ul. Sokoła 4a, 35-010 Rzeszów** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Why Not USA D. Z....., M. N..... Sp. J., Why Not FLY Sp. z o.o., ul. Sokoła 4a,**

35-010 Rzeszów na rzecz **BUSINESS TRAVEL CLUB Sp. z o.o., ul. Kopernika 30, 00-336 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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: Instytut Badań Edukacyjnych, ul. Górczewska 8, 01-180 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego „Organizacja podróży krajowych i zagranicznych na potrzeby Instytutu Badań Edukacyjnych” o numerze sprawy: IBE/71/DM/2012.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w dniu 28.12.2012r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej „PL- Warszawa: Usługi zarządzania podróżą 2012/S 248-411195”.

W trakcie prowadzonego postępowania przetargowego Odwołujący: Konsorcjum: Lider: WHY NOT USA D..... Z....., M..... N..... spółka jawna, ul. Sokoła 4a, 35-010 Rzeszów poinformował Zamawiającego o jego podejrzeniu, co wystąpienia istnienia rażąco niskich cen w złożonych ofertach konkurencyjnych wykonawców: Business Travel Club sp. z o.o. oraz Furnel Travel International sp. z o.o.

W następstwie powyższego doniesienia Zamawiający pismem z dnia 18 stycznia 2013 r. na podstawie art. 90 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zwrócił się do wykonawcy Business Travel Club sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny.

Ponieważ na wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu umowy składają się ceny (opłaty transakcyjne) wypłacane Wykonawcy z tytułu transakcyjnych realizacji poszczególnych usług, podane przez Wykonawcę w szczegółowym kosztorysie stanowiącym załącznik nr 1 do Formularza oferty Zamawiający wezwał tegoż wykonawcę do złożenia wyjaśnienia w celu ustalenia czy zadeklarowane przez Państwa ceny za realizację następujących usług:

1. wystawienie biletu lotniczego międzynarodowego oraz biletu lotniczego krajowego;
2. wystawienie biletu kolejowego międzynarodowego oraz biletu kolejowego krajowego;
3. dokonanie rezerwacji miejsca noclegowego;
4. zakup wiz zagranicznych;

oraz cena za wystawienie polisy ubezpieczeniowej zawierająca opłatę za wystawienie polisy i koszt ubezpieczenia - nie są cenami rażąco niskimi.

Wątpliwości Zamawiającego budziły zadeklarowane ceny z tytułu opłat transakcyjnych w wysokości 0,01 zł brutto za każdą transakcję, w przypadku usług wymienionych w pkt 1 - 4 powyżej, co przy ogólnej liczbie transakcji daje łączną kwotę 40,04 zł brutto oraz cena polisy ubezpieczeniowej (wystawienie i ubezpieczenie na okres do 6 dni) wynosząca 9 zł brutto, co przy zakładanej ilości 357 polis daje łączną kwotę 3.213 zł brutto przez cały okres realizacji zamówienia).

Oceniając wyjaśnienia wykonawcy, Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowe sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu Wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Podobne wystąpienie Zamawiający na podstawie art. 90 ust 1 ustawy Pzp skierował do wykonawcy Furnel Travel International sp. z o.o. w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwracając się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny.

Ponieważ na wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu umowy składają się ceny (opłaty transakcyjne) wypłacane Wykonawcy z tytułu transakcyjnych realizacji poszczególnych usług, podane przez Wykonawcę w szczegółowym kosztorysie stanowiącym załącznik nr 1 do Formularza oferty Zamawiający, również w tym przypadku, wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnienia w celu ustalenia czy zadeklarowane przez niego ceny za realizację następujących usług:

1. wystawienie biletu kolejowego międzynarodowego oraz biletu kolejowego krajowego;
 2. dokonanie rezerwacji miejsca noclegowego;
- nie są cenami rażąco niskimi.

Wątpliwości Zamawiającego budziły zadeklarowane ceny z tytułu opłat transakcyjnych w wysokości 0,01 zł brutto za każdą transakcję, w przypadku usług wymienionych w pkt 1-2 powyżej, co przy ogólnej liczbie transakcji (3671) wskazanych dla pozycji 1 i 2 daje łączną kwotę 36,40 zł brutto przez cały okres realizacji zamówienia.

Oceniając wyjaśnienia wykonawcy, Zamawiający zastrzegł, że zgodnie z art 90 ust. 2 ustawy Pzp będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowe sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu Wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W nawiązaniu do otrzymanego w dniu 18.01.2013r. wezwania do złożenia wyjaśnień dot. wyjaśnienia ceny oferty wykonawca Business Travel Club sp. z o.o. oświadczył, że wszystkie składniki cenowe oferty spełniają wymóg rzetelności, a uzyskiwane z powyższej obsługi wpływy w pełni pokrywają nakłady finansowe z powyższą obsługą związane.

Poinformował Zamawiającego, że całkowite wynagrodzenie agenta IATA sprzedającego bilet lotniczy składać się może z wielu składników cenowych, takich jak m.in.:

- Zawarta w kwocie taryfy prowizja od przewoźnika lotniczego;
- Opłata transakcyjna za wystawienie biletu lotniczego (dowolna, zaoferowana przez agenta IATA i uzgodniona z Zamawiającym);
- Dodatkowa gwarantowana prowizja naliczana przez właściciela systemu rezerwacyjnego, za każdą dokonaną rezerwację (rosnąca wraz z ilością dokonanych rezerwacji i częściowo przekazywana na rzecz agentów „z góry” - jeszcze przed realizacją wspomnianych rezerwacji);
- Wszelkie pozostałe wynagrodzenia od przewoźników (rosnące wraz z ilością dokonanych rezerwacji), na bazie innych niż Umowa z IATA umów prowizyjnych.

Wyjaśnił również, że przypadku dodatkowych, otrzymywanych przez agenta IATA prowizji od m.in. właściciela systemu rezerwacyjnego oraz od przewoźników w ramach umów dodatkowych, a nie w ramach Umowy z JATA, za usługi już zrealizowane, jako sprzedaż na połączenia danego przewoźnika w przeszłości, agent IATA ma możliwość przekazania części prowizji na rzecz Zamawiającego, jako dodatkowy element uatrakcyjnienia składanej oferty.

Wskazał także, że wzrost produkcji rezerwacji w systemie rezerwacyjnym oraz wzrost wartości sprzedaży na poszczególnych przewoźników powoduje następnie przesunięcie wykonawcy do wyższej grupy prowizyjnej, co wiąże się z wyższym realnym przychodem tegoż Wykonawcy.

Podkreślił przy tym, że bez względu na potencjalne(bardzo realne) możliwości dodatkowych prowizji od zwiększonej sprzedaży (zarówno od właściciela systemu rezerwacyjnego Amadeus, jak i od przewoźników) istotnym jest gwarancja uzyskania

wpływów od Amadeus za wygenerowane segmenty lotnicze na poziomie EUR 1,56 za każdy segment oraz kolejnych wpływów dot. wspomnianej „premii lojalnościowej” (bez względu na ilość tychże segmentów). Realnie wpływ dodatkowy za każdy segment rezerwacyjny wynosi ok. EUR 2,00 (ok. PLN 8,50).

Przy zakładanym poziomie 4 segmentów rezerwacyjnych dot. podróży 1 delegata, dodatkowy gwarantowany wpływ od właściciela systemu rezerwacyjnego Amadeus za dokonanie rezerwacji dot. jednej podróży lotniczej wynosi ok. PLN 34,00.

Wszelkie kwoty wynikające z dodatkowych umów prowizyjnych z przewoźnikami lotniczymi ten wpływ jedynie podwyższają.

Przekazał (tylko do wiadomości Zamawiającego) kopię umowy z właścicielem systemu rezerwacyjnego, potwierdzenie już wypłaconych prowizji dodatkowych przez Amadeus Polska Sp. z o.o. i PLL LOT oraz przykładowe propozycje PLL LOT, Lufthansa AG i Alitalia dot. w/w prowizji dodatkowych, proponowane w najbliższej przyszłości.

Poinformował także, że w chwili obecnej przewoźnicy przygotowują analogiczne propozycje na kolejny - 2013 rok.

Podkreślił przy tym, że SIWZ (w tym Opis przedmiotu zamówienia) nie precyzują w sposób jednoznaczny ilości planowanych podróży w podziale na ich długość - będą to podróże w części 1-dniowe, 2-3 -dniowe, a również 4-5 lub 6-dniowe.

Wyjaśnił, że w przypadku podróży dłuższych niż 6 dni koszt polis ubezpieczeniowych nie będzie podlegać umowie (i zaproponowanej kwocie polisy), lecz będzie ustalana pomiędzy Stronami na bazie odrębnych uzgodnień.

Wykonawca argumentował, że w przypadku podróży polis krótszych będzie w posiadaniu dodatkowych, realnych wpływów prowizyjnych, natomiast w przypadku podróży dłuższych wpływy te mogą się zmniejszać.

Jako, że SIWZ w/w postępowania nie określa szczegółowych informacji dot. czasu trwania poszczególnych podróży, jest prawdopodobnym, że większość z tych podróży będzie trwała 1-3 dni, co ogranicza ilość transakcji o nieco większym koszcie bazowym.

Wyjaśnił, że zmniejszenie bieżących zysków będzie jednak rekompensowane i przewyższane wpływami gwarantowanymi, wynikającymi z wpływów prowizyjnych,

wynikających z umów z właścicielem systemu Amadeus oraz umów z przewoźnikami lotniczymi.

Biorąc pod uwagę wszystkie składniki przedstawionej oferty oraz powyższe uwarunkowania podkreślił, że bilans finansowy ujęty w zał. nr 1 transakcji jest zdecydowanie dodatni i oferta spełnia warunek rzetelności.

Przekonywał, że z powyższych powodów będzie w posiadaniu wystarczającej ilości środków finansowych na pokrycie wszelkich kosztów związanych z obsługą Zamawiającego.

Zauważył także, że złożona przez niego oferta obejmuje propozycje zdecydowanie korzystniejsze dla wykonawcy, niż miało to miejsce podczas współpracy w latach 2011-2012, bowiem wysokość opłat transakcyjnych pozostały w ogólności na niezmiennym poziomie, natomiast aktualnie złożona oferta nie przewiduje udzielania Zamawiającemu bonifikaty naliczanej, jako wartość procentowa od taryf lotniczych.

Formularz nr 1 zakładał wartość 1 biletu lotniczego międzynarodowego na poziomie PLN 2.500,00, a uprzednio stosowana bonifikata określona była na poziomie 3% wartości taryfy, czyli w danym przypadku ok. PLN 75,00 przy każdej transakcji biletowej.

Wyjaśnił także, że przy planowanym przez Zamawiającego zakupie 326 biletów łączna kwota udzielonych bonifikat osiągnęłaby kwotę PLN 24.450,00.

Wskazał także, że w przypadku biletów krajowych kwota bonifikat wyliczona na bazie warunków obowiązujących w latach 2011-12 wynosiłaby: $18 \text{ sztuk} \times (\text{PLN } 550,00 \times 3\% = \text{PLN } 16,50) = \text{PLN } 297,00$.

Jako, że aktualnie oferta nie przewiduje bonifikat liczonych od wartości taryf lotniczych, łącznie, więc kwota bonifikat pozostająca u wykonawcy w związku ze zmienionymi warunkami oferty osiągnęłaby poziom: $\text{PLN } 24.450,00 + \text{PLN } 297,00 = \text{PLN } 24.747,00$.

Zwrócił także uwagę, że w związku z obniżeniem w stosunku do uprzedniej oferty, kosztów polisy o PLN 31,00, przy założeniu przez Zamawiającego ilości tychże polis na poziomie 357 sztuk, zachodzić może potencjalne zmniejszenie wpływów z tychże polis na poziomie : $357 \times \text{PLN } 31,00 = \text{PLN } 11124,00$.

Reasumując, powyższe wyliczenie wskazał na fakt, że zmiana proponowanych przez niego warunków współpracy w stosunku do lat 2011-2012 spowoduje, że pozostanie u niego kwota o PLN 11.424,00 wyższa, niż byłoby to w przypadku utrzymania przez Wykonawcę warunków oferty na niezmienionym poziomie w stosunku do warunków umowy realizowanej w latach 2011-12. Kwota ta pozostaje u Wykonawcy na pokrycie kosztów realizacji zamówienia.

Z kolei wykonawca: Furnel Travel International sp. z o.o. w związku z wezwaniem z dnia 18.01.2013r. do złożenia wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanych opłat transakcyjnych przedstawił stanowisko, że elementy oferty wycenione w kwocie 0,01 PLN nie stanowią rażąco niskich cen. Opłata transakcyjna brutto w wysokości 0,01 brutto za wystawienie biletu kolejowego międzynarodowego oraz biletu kolejowego krajowego, to efekt otrzymywania prowizji od PKP Intercity, która wystarcza na pokrycie kosztów i zapewnia niewielki zysk.

Wyjaśnił, że od początku od 22 lat funkcjonowania na rynku stosuje zasadę: mały zysk - duży obrót, (w tym przypadku sprzedaż), w przeciwieństwie do innych biur gdzie stosowana jest zasada mała sprzedaż - duża marża.

Jeżeli chodzi o opłatę transakcyjną za rezerwację pokoju hotelowego wyjaśnił, że ma podpisane umowy z takimi międzynarodowymi systemami rezerwacyjnymi jak GTA, TRAVCO, KOBRA, TRAN/ELLANDA, które gwarantują najlepsze ceny, zapewniające mu prowizje (commision), które kształtują się na poziomie min. 15% do 25%, a nawet 30%.

Wyjaśnił, iż dodatkowej opłaty za wystawianie biletów kolejowych, jak i za rezerwacje hotelowe, gdzie w obu przypadkach otrzymuje prowizję - nie pobiera w przypadku jednostek budżetowych, pobiera je jedynie od firm komercyjnych.

Zamawiający w dniu 25 stycznia 2013r. przekazał Odwołującemu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty Business Travel Club sp. z o.o.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 4 lutego 2013r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Przedmiotowe odwołanie zostało wniesione od czynności Zamawiającego polegających na:

a) dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Business Travel Club sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, mimo iż złożona oferta zawiera rażąco niską cenę a

ponadto stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a Wykonawca ten nie udowodnił, iż zaoferowana przez niego cena nie posiada takiego charakteru;

b) zaniechaniu prawidłowego dokonania czynności oceny i badania ofert, w tym złożonych przez Wykonawcę Business Travel Club sp. z o.o. oraz Furnel Travel International sp. z o.o., w tym wyjaśnień złożonych przez obu wykonawców i tym samym zaniechania wybory oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej;

c) bezprawnym utajnieniu części wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Business Travel Club sp. z o.o. i uniemożliwienia Odwołującemu zapoznania się z ich treścią.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 7 ust.1 i 3 i art. 91 ust.1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy: Business Travel Club sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, która powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji;

- naruszenie art. 7 i art. 89 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy: Business Travel Club sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz oferty Wykonawcy: Furnel Travel International sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, mimo, iż złożone przez Wykonawców oferty zawierają cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- naruszenie art. 90 ust.2 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień Wykonawców Business Travel Club sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz: Furnel Travel International sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i przyjęcie, iż w świetle złożonych przez nich wyjaśnień, zaoferowana przez nich cena nie jest ceną rażąco niską;

- naruszenie art. 7 ust.1 i ust. 3, art. 89 ust.1 pkt.3 ustawy Pzp w związku z art.15 ust.1 pkt.1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003r nr 153 poz. 1503) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy: Business Travel Club sp. z o.o. i Furnel Travel International sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, mimo iż ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

- naruszenie art. 8 ust.1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Business Travel Club sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zawierającej informacje bezprawnie utajnione, za wyjątkiem umów załączonych do wyjaśnień przez tego wykonawcę.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej ofert;

2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie ofert Wykonawców Business Travel Club sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Furnel Travel International sp. z o.o. z siedzibą

w Warszawie z tego powodu, iż zaoferowana przez nich cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia jak również złożone oferty stanowią czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust.1 pkt.1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień Wykonawcy Business Travel Club sp. z o. o w zakresie rażąco niskiej ceny za wyjątkiem umów załączonych do przedmiotowych wyjaśnień;

4) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej;

5) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający zgodnie z treścią SIWZ wskazał, iż „Wykonawca poda w formularzu ofertowym, którego wzór stanowi załącznik nr 5 do SIWZ, całkowitą cenę brutto za wykonanie całości zamówienia z uwzględnieniem cen odnoszących się do wszystkich elementów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, zgodnie z kosztorysem szczegółowym stanowiącym załącznik nr 1 do formularza ofertowego (załącznik nr 5 do SIWZ). Podane ceny muszą obejmować wszystkie koszty realizacji usług z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków (także od towarów i usług). Cena winna pozwalać osiągnąć cel oznaczony w umowie (wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w opisie przedmiotu zamówienia). W cenie Wykonawca uwzględni wartość autorskich praw majątkowych oraz wynagrodzenie z tytułu ich przeniesienia. Wszystkie ceny należy podać w złotych polskich, z dokładnością do 2 miejsc po przecinku.” (str.8 - 9 SIWZ).

Ponadto zwrócił uwagę, że w § 3 pkt.5 wzoru umowy Zamawiający wskazał, iż „W wynagrodzeniu WYKONAWCY mieszczą się także wszelkie koszty, opłaty i wydatki, które WYKONAWCA zobowiązany jest ponieść w związku z prawidłową realizacją Zamówienia.”.

Nadmienił także, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ) przedmiotem zamówienia jest organizacja wyjazdów i spotkań dla Instytutu Badań Edukacyjnych w poniższym zakresie:

I. rezerwacja, zakup i dostarczanie do siedziby Zamawiającego biletów lotniczych na międzynarodowe i krajowe przewozy lotnicze;

II. rezerwacja, zakup i dostarczanie do siedziby Zamawiającego biletów kolejowych na międzynarodowe i krajowe przewozy kolejowe;

III. zakup polis ubezpieczeniowych w zakresie określonym w niniejszym przedmiocie zamówienia;

IV. rezerwacja i zakup miejsc hotelowych w kraju i za granicą;

V. zakup wiz zagranicznych.

Ponadto zaznaczył, że zgodnie z treścią SIWZ w § 13, Zamawiający wskazał, jakimi kryteriami będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert: i tak do oceny ofert Zamawiający brał ceny zaproponowane przez Wykonawców z tytułu:

- Opłaty transakcyjnej (zł brutto) za wystawienie jednego: biletu lotniczego międzynarodowego, biletu lotniczego krajowego;
- Opłaty transakcyjnej (zł brutto) za wystawienie jednego: biletu kolejowego międzynarodowego, biletu kolejowego krajowego;
- Opłaty transakcyjnej (zł brutto) za dokonanie rezerwacji miejsca noclegowego;
- Cenę za wystawienie polisy ubezpieczeniowej (cena zawiera opłatę za wystawienie polisy i koszt ubezpieczenia).

Z powyższego opisu przedmiotu zamówienia oraz sposobu ukształtowania wynagrodzenia Wykonawcy przez Zamawiającego, na które składają się opłaty i ceny za poszczególne czynności realizowane w ramach umowy, wnioskował, iż w wynagrodzeniu Wykonawcy muszą być skalkulowane wszelkie koszty, jakie będą się wiązały z koniecznością prawidłowej realizacji zamówienia.

W oparciu o powyższe stwierdził, że każda z czynności składająca się na przedmiot zamówienia wiąże się z kosztami, które winny być uwzględnione przez Wykonawców w ich ofertach, a wykonanie zakresu przedmiotowego zamówienia wymaga poniesienia m.in. kosztów pracy pracowników, którzy zobowiązani będą wyszukiwać odpowiednie połączenia, kosztów wystawienia każdego biletu (Wykonawca już w momencie wystawienia bilet lotniczego zobowiązany jest za niego zapłacić), kosztów dostarczenia biletów do siedziby Zamawiającego - zwłaszcza w przypadku biletów kolejowych, które są w wersji papierowej, kosztów związanych z realizacją usługi zakupu wiz w postaci fizycznego odebrania paszportów od zamawiającego, a po jego odebraniu dostarczenia ich z powrotem, kosztów wszystkich materiałów eksploatacyjnych, mediów itd. kosztów związanych z lokalem, w którym jest prowadzona działalność, kosztów użycia programów rezerwacyjnych on - line, które życzy sobie Zamawiający oraz koszty całodobowej infolinii, co wymaga utrzymania całodobowo pracownika, a w przypadku polisy ubezpieczeniowej nie tylko kosztów wystawienia polisy tj. wydruku, ale także kosztów ubezpieczenia i wielu innych.

W świetle powyższego – według odwołującego - zaoferowanie przez Wykonawcę Business Travel Club sp. z o.o., iż wykonywane na rzecz zamawiającego usługi przez cały okres trwania umowy tj. do 30 czerwca 2015r. w zakresie wystawiania biletów lotniczych, kolejowych, za rezerwację hoteli oraz za zakup wiz za cenę 0,01 zł brutto, co w świetle

przyjętej liczby biletów i wiz wynosi 40,04 zł brutto za cały okres trwania umowy, a z tytułu polis ubezpieczeniowych za 9 zł brutto każda, co zgodnie z przyjętą liczbą polis 357 zł, daje kwotę 3 213 zł, wskazuje na to, iż zaoferowana cena za całość zamówienia w wysokości 3 253,04 zł brutto jest nierealna, gdyż w żaden racjonalny sposób nie da się jej uzasadnić, co więcej zgodnie ze złożoną przez Wykonawcę ofertą można jednoznacznie wyliczyć, iż to zaoferowane wynagrodzenie jest pozorne gdyż w istocie przy tak skalkulowanej cenie, zamówienie będzie realizowane ze stratą w wysokości co najmniej - 25 910,29 pln, jak nie większej.

Zdaniem Odwołującego na podstawie złożonej oferty należy przyjąć, iż wynagrodzenie tegoż Wykonawcy będzie się kształtowało w ten sposób: bilety lotnicze międzynarodowe 3,26 pln + bilety lotnicze krajowe 0,18 + pkp międzynarodowe 0,31 + pkp krajowe 1,37 + hotele 34,72 + wizy 0,20 i - POLISY 25 950,33 zł (przyjęta kwota - 25 783 zł wynika z tego, iż z 357 polis x 9,00 pln wynagrodzenie wynosi 3 213,00, jakkolwiek Wykonawca musi jednak odprowadzić uśrednioną składkę w wysokości 28 996 pln) = - 25 910,29 pln.

Wyjaśnił, że przyjęta kwota - 25 950,33 zł (z tytułu polis) wynika z tego iż: 357 polis x 9,00 pln = 3 213,00 pln, zaś Wykonawca musi odprowadzić uśrednioną składkę w wysokości 29 163,33 pln, 116,70 pln (cena 1 polisy zgodnie z wytycznymi SIWZ) x 357 polis = 41 661,90 pln 41 661,90 pln x 30 % (prowizja od ubezpieczyciela) = 12 498,57 pln, 41 661,90 pln - 12 498,57 pln = 29 163,33 pln - kwota jaką Wykonawca musi odprowadzić do ubezpieczyciela, 29 163,00 pln - 3 213,00 pln = 25 950,33 pln - POLISY - 25 950,33 pln + 40,04 pln = - 25 910,29 pln.

Z powyższych wyliczeń wynika – według Odwołującego, że nie jest możliwe właściwe wykonanie zamówienia o takiej skali jak w przedmiotowym zamówieniu, za taką wysokość wynagrodzenia, które zgodnie z wymaganiami Zamawiającego winno uwzględniać wszystkie koszty, jakie wiążą się z realizacją zamówienia, a nie być realizowane ze stratą.

Zdaniem Odwołującego zaoferowanie przez Wykonawcę Business Travel Club sp. z o.o. swojego wynagrodzenia na powyższym poziomie stanowi rażąco niską cenę i równocześnie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Podniósł także, że wyjaśnienia tegoż Wykonawcy potwierdzają fakt, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, bowiem powoływanie się na prowizje od przewoźnika lotniczego, na dodatkową prowizję naliczaną przez właściciela systemu rezerwacyjnego, wynagrodzenia od przewoźników, rosnące wraz z ilością dokonanych rezerwacji, są to elementy, które w żaden sposób nie mogą uzasadniać zastosowanej ceny, gdyż po pierwsze nie są one bezpośrednio powiązane z realizacją tego konkretnego zamówienia, a po drugie nie są to żadne dodatkowe sprzyjające warunki dla zrealizowania niniejszego zamówienia, które nie byłyby dostępne dla innych wykonawców.

Stwierdził, iż wszystkie podmioty występujące na rynku usług, będącego przedmiotem niniejszego zamówienia, mają w ten sam sposób kształtowane dodatkowe prowizje od przewoźników, czy właścicieli systemów rezerwacyjnych, które mogą różnić się jedynie wysokością prowizji.

Zwrócił uwagę, iż powoływanie się przez Wykonawcę na prowizje od systemów rezerwacyjnych uwarunkowane są osiągnięciem określonych progów sprzedażowych, dla których osiągnięcia nie jest wystarczająca sprzedaż biletów taka jak zakładana w niniejszym postępowaniu, lecz liczona od globalnej sprzedaży biletów przez Wykonawcę.

Ponadto należy stwierdzić, iż Wykonawca sam przedstawił w wyjaśnieniach (w zakresie, w jakim zostały udostępnione Odwołującemu) „potencjalne” możliwości dodatkowych prowizji, co oznacza – według Odwołującego, iż nie ma pewności uzyskania prowizji umożliwiających sfinansowanie zamówienie.

Dodatkowo zwrócił uwagę, iż zgodnie z umowami zawieranimi pomiędzy przewoźnikami np. LOT i Lufthansa, a akredytowanymi agentami IATA linie lotnicze wypłacają dodatkowe prowizje za wystawione bilety lotnicze. Jednakże prowizje te są naliczane wyłącznie od określonych klas rezerwacyjnych, które określane są literami alfabetu, które widoczne są w systemach rezerwacyjnych GDS, a na ich podstawie wystawiane są bilety lotnicze.

Wywodził, że bilety wystawiane w oparciu o niskie klasy rezerwacyjne (tanie bilety) nie podlegają prowizji, o czym mówią wyraźnie warunki umowy.

Dla zobrazowania różnic w cenach biletów lotniczych uzależnionych od klasy rezerwacyjnej wyjaśnił, że bilet na przykładowej trasie Warszawa - Nowy Jork - Warszawa (przewoźnik LOT) wystawiony w niskiej klasie rezerwacyjnej W niepodlegającej prowizji kształtuje się na poziomie 2484.29 PLN (kalkulacja aktualna na dzień dokonywania wyceny),

w wyższej klasie rezerwacyjnej M jest na poziomie 4924.29 zł, a w najwyższej klasie rezerwacyjnej B 7501.63 zł.

Analogicznie ceny kształtują się w przypadku Lufthansy: w niższych klasach rezerwacyjnych są niskie i nie jest przyznawana za nie prowizja, a w wyższych U i B jest przyznawana prowizja (cena odpowiednio: 4271.63 zł i 7501.63 zł). Prowizje od przewoźników przyznawane są tylko w wyższych klasach.

Wskazał także, iż bazowanie przy realizacji zamówienia na prowizji od poszczególnych przewoźników może skutkować oferowaniem Zamawiającemu usług, które nie będą dla niego, lecz dla Wykonawcy najkorzystniejsze ze względu na przewidywany system prowizyjny, (od Zamawiającego Wykonawca uzyska wynagrodzenie w wysokości 0,01 zł, wobec czego racjonalnym będzie podejmowanie kroków, które będą zmierzały do zrekompensowania sobie tak niskiej kwoty najwyższą możliwą wysokością prowizji).

Ponadto podniósł, iż Wykonawca kalkulację dotyczącą prowizji od systemu rezerwacyjnego Amadeus znacząco zawyżył, bowiem przyjmuje się, iż na 1 delegata podróży przypada 2,5 segmentu, nie zaś 4 segmenty, a to powoduje, że ewentualna prowizja wykonawcy z tego tytułu wynosi nie 34 zł, tylko 21,50 zł.

W ocenie Odwołującego wszelkie pozostałe wyjaśnienia Wykonawcy wskazujące na propozycje prowizji dodatkowych, pozostają tylko propozycjami i nie mogą być uwzględniane w złożonej ofercie, jako czynnik, który miał wpływ na jej wysokość.

Dalej argumentował, że wyjaśnienia Wykonawcy odnośnie zaoferowanej ceny za wystawienie polisy w wysokości 9 zł, w której to kwocie ma również mieścić się koszt ubezpieczenia (składki, którą należy odprowadzić do ubezpieczyciela) potwierdzają, iż w tym zakresie Wykonawca poniesie stratę z tego tytułu (wyliczenie podane wyżej).

Zauważył, że Zamawiający w treści SIWZ szczegółowo określił swoje wymagania odnośnie zakresu polis ubezpieczeniowych (załącznik nr 1 do SIWZ) i wobec tego nie jest możliwe, aby przy takim zakresie koszt 9 zł brutto pokrył sam koszt wystawienia polisy, nie mówiąc już o kwocie składki. Średni koszt polisy przy zakładanym okresie Zamawiającego do 6 dni i wskazanym przez niego zakresie to 116,70 pln, co przy ilości zakładanych polis tj. 357 daje sumę 41661,90 pln.

Według Odwołującego żaden sposób nie można przyjąć, aby wykonawca uzyskał jakiegokolwiek wynagrodzenie z tego tytułu przy tak skalkulowanej cenie, tj. na poziomie 9 zł, a co więcej musi dopłacić z tego tytułu.

Twierdził, że takie kształtowanie ceny stwarza zagrożenie, iż umowy ubezpieczenia zawierane dla Zamawiającego nie będą obejmowały zakresu, jaki określił w SIWZ, a tym samym takie kształtowanie wynagrodzenia realnie zagraża prawidłową realizację umowy.

Zdaniem Odwołującego całokształt okoliczności sprawy wskazuje na to, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, ceną poniżej kosztów świadczenia usługi, pomimo prawa Wykonawcy do swobodnego kalkulowania swojej ceny w poszczególnych pozycjach, z powodu nie wykazania, aby którakolwiek z pozycji mogła zrekompensować straty, jakie zostaną poniesione z innych pozycji.

Wskazał, że całość wynagrodzenia na poziomie 3 253,04 zł brutto, a przy uwzględnieniu obliczeń Odwołującego strata na poziomie - 25 910,29 zł wskazuje, iż nie pokryje ona chociażby kosztów realizacji zamówienia, co więcej będzie się wiązało z konkretną stratą tego Wykonawcy, co może prowadzić do zagrożenia prawidłowej realizacji zamówienia.

Zarzucił także, że wykonawca nie wykazał, aby zaoferowana przez niego cena była uzasadniona obiektywnymi czynnikami, które nie byłyby dostępne dla innych wykonawców, pozwalającymi temu wykonawcy bez strat i finansowania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać.

Twierdził przy tym, że zaoferowana cena jest nierealistyczna pod jakimkolwiek względem, całkowicie nieadekwatna do zakresu usług, które mają być przedmiotem zamówienia i zakłada wykonanie tegoż zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów.

Ostatecznie zarzucił, iż oferowanie usług, będących przedmiotem niniejszego zamówienia na poziomie 0,01 zł i uzasadnianie takiej stawki, prowizjami jakie uzyskuje wykonawca od przewoźników, może prowadzić do faktycznego zagrożeniem dla prawidłowej realizacji umowy, między innymi z tego względu iż prowizje mają charakter niepewny i w przypadku pogorszenia się sytuacji przewoźnika (np. aktualna sytuacja LOT-u), może to prowadzić do sytuacji w której wykonawca nie będzie miał z czego sfinansować realizację zamówienia.

W drugiej części odwołania wskazał, że argumentacja powyższa odnośnie zaoferowania rażąco niskiej ceny ma zastosowanie również do oferty Furnel Travel International sp. z o.o, który zaoferował swoje wynagrodzenie na poziomie niższym niż sam koszt wykonania wszystkich usług żądanych przez Zamawiającego.

Przyznał, że wykonawca ten wskazał w swojej ofercie opłatę transakcyjną za wystawienie biletu lotniczego międzynarodowego i krajowego na poziomie 6 zł, jakkolwiek zaproponował bonifikatę, czyli upust w wysokości 2% od ceny biletu.

Wywodził w tym przypadku, że z tytułu sprzedaży każdego biletu międzynarodowego przy średniej 2500zł do każdego biletu wykonawca ten musi policzyć stratę w wysokości 50 zł, co daje przy liczbie 326 biletów kwotę 16 300 zł brutto, a na biletach krajowych stratę w wysokości 5 zł na jednym bilecie, czyli 198 zł przy zakładanej ilości 18 biletów.

Poza tym – według Odwołującego - oferowanie upustów należy jednoznacznie zakwalifikować, jako czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż zgodnie z umowami obowiązującymi agentów IATA agenci nie są upoważnieni do stosowania upustów od cen biletów, które mają charakter stały i niezmienny.

W pozostałych elementach tj. za opłatę transakcyjną za bilet krajowy kolejowy i międzynarodowy jak również za miejsce noclegowe Wykonawca wskazał 0,01 zł brutto. W tym miejscu należy stwierdzić, iż oferowanie za te czynności kwoty 0,01 zł jest całkowicie poniżej jakichkolwiek kosztów. Linie kolejowe nie przyznają żadnych prowizji za zakup biletów a ponadto większość biletów jest papierowych i wymaga bezpośrednio zakupu biletu w kasie. Średni koszt z tego tytułu wynosi 10-20 zł za jedno dostarczenie takiego biletu. Koszt zrealizowania tej usługi jest więc na poziomie 8000 zł, co należy potraktować jako kolejną stratę, którą Wykonawca winien uwzględnić w swojej kalkulacji.

Mając na uwadze, iż wykonawca ten zaproponował za polisę ubezpieczeniową kwotę 112 zł, co przy ilości 357 polis daje kwotę 39 984,00 zł Odwołujący zauważył, iż kwota ta nie jest tylko wynagrodzeniem wykonawcy, ale obejmuje również koszt zawarcia umowy ubezpieczenia (polisy), którą Wykonawca musi odprowadzić do ubezpieczyciela.

Zwrócił uwagę, że koszt polis w zakresie żądanym przez Zamawiającego kształtuje się na poziomie 116,70 pln, tym samym Wykonawca z kwoty powyższego wynagrodzenia będzie zmuszony odprowadzić na rzecz ubezpieczyciela kwotę 29 163,33 zł.

Wywodził zatem, że odejmując z kwoty 39 984,00 zł (wynagrodzenie z tytułu polis):

- straty z tytułu - upustów za bilety lotnicze, w wysokości 16 498 zł,
- kwotę 8000 zł, która musi być wydatkowana na bilety kolejowe,
- faktyczne koszty dla ubezpieczyciela, które przy założonym przez Zamawiającego zakresie ubezpieczenia muszą wynieść 29 163,33 zł, daje to kwotę - 13 677,33 zł, co nawet po dodaniu kwot z tytułu opłat transakcyjnych (1 956 +108+0,31+1,37+34,72+200) wskazuje na realizację zamówienia poniżej samych kosztów świadczenia, nie wspominając o jakimkolwiek nawet minimalnym zysku Wykonawcy.

Ostatecznie – zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, iż wykonawca ten zrealizuje zamówienie ze startą w wysokości: - 11 376,93 zł.

Nie zgodził się także z wyjaśnieniami tegoż wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny, co do finansowania zamówienia na podstawie przyszłych prowizji niepowiązanych z danym zamówieniem i uzasadnienia polityki firmy.

Ponadto odnośnie powoływania się przez konkurenta na prowizje od systemów rezerwacyjnych przy usługach hotelarskich, Odwołujący zwrócił uwagę, iż tak jak w przypadku prowizji od przewoźników czy linii lotniczych, każdy z Wykonawców oferujących usługi hotelarskie bazuje także na umowach przyznających określone prowizje.

Według Odwołującego nie jest to żaden obiektywny czynnik, do którego nie mieliby dostępu inni wykonawcy.

Zarzucił także, że podobnie jak w przypadku prowizji od linii lotniczych, zaoferowanie za usługi hotelarskie stawki 0,01 zł będzie prowadziło do oferowania przez Wykonawcę tylko tych hoteli w systemach rezerwacyjnych, które będą oferowały najwyższe prowizje wykonawcy, co niekoniecznie będzie zbieżne z interesem Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego prawo do uzyskania przez Wykonawcę prowizji od systemów rezerwacyjnych nie może uzasadniać zastosowanej ceny, a wyjaśnienia tego wykonawcy były bardzo ogólne.

Reasumując podniósł, że ceny zaoferowane przez oby wykonawców stanowią cenę rażąco niską i nie zostały skalkulowane w sposób rzetelny.

Stwierdził, iż zaoferowaną przez nich cenę nie można wprost odnieść do wartości przedmiotu zamówienia z tego względu, iż wartość szacunkowa przy tego typu

zamówieniach obejmuje nie tylko wynagrodzenie samych wykonawców za wykonane usługi, ale także koszt biletów, wiz, usług hotelarskich.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż w sposób sprzeczny z podstawową zasadą wynikającą z art.8 ustawy Pzp nie została mu ujawniona treść całości wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Business Travel Club sp. z o.o., który zastrzegł ją, jako tajemnicę przedsiębiorstwa uniemożliwiając dokładne zapoznanie się z jego wyjaśnieniami, które mają kluczowe znaczenie dla rozpoznania niniejszej sprawy.

Odwołujący w przyznał, iż umowy, jakie przedłożył Business Travel Club sp. z o.o. mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, natomiast treść wyjaśnienia powinna być mu w całości ujawniona.

W dniu 8 lutego 2013r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Business Travel Club sp. z o.o., zwany dalej Przystępującym.

Pismem z dnia 7 lutego 2013r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie uznając zasadność wszystkich zarzuty i wniosków odwołania.

W następstwie wezwania Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Przystępujący w dniu 12 lutego 2013r.wniósł sprzeciw, co do uwzględnienia w całości zarzutów odwołania.

W pierwszej kolejności Przystępujący w swoim odwołaniu wskazał, iż Odwołujący, jako załącznik i dowód w sprawie powołuje się rezolucję IATA przedkładając wyciąg z tego dokumentu w języku angielskim, a taka sytuacja oznacza oczywisty brak formalny odwołania uniemożliwiający nadanie odwołaniu biegu zgodnie z art. 187 ust.3 ustawy Pzp.

W związku z tym Przystępujący zawniioskował o zwrócenie odwołania w razie jego nie uzupełnienia, a w innym przypadku o oddalenie wniesionego odwołania w całości.

W swoim przystąpieniu podniósł, że wysokości opłat transakcyjnych na poziomie PLN 0,01 zostały zaakceptowane i podpisane zostały stosowne umowy o współpracy pomiędzy Wykonawcami, a Urzędem Zamówień Publicznych - podmiotem, którego statutowym zadaniem jest m.in. kontrola prawidłowości prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

Przedłożył informację z dnia 04.11.2011 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu na świadczeniu usług w zakresie rezerwacji i sprzedaży biletów lotniczych na trasach zagranicznych na potrzeby pracowników Urzędu Zamówień Publicznych.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający jako najkorzystniejszą uznał ofertę PLL LOT, w której Wykonawca zaproponował cenę brutto opłaty transakcyjnej za wystawienie jednego biletu lotniczego zagranicznego na poziomie 0,01 PLN, a jednocześnie dodatkowo przyznał upust od ceny biletu lotniczego przewoźnika na poziomie 1,50%.

Wyjaśnił, że powyższe wartości były jedynymi elementami mającymi wpływ na ocenę złożonych ofert i wobec tego Zamawiający uznał, że oferta spełnia wszelkie zapisy ustawy PZP i podjął decyzję o podpisaniu Umowy o współpracę.

Poinformował również, że w opisywanym postępowaniu złożona została również oferta ze strony Odwołującego, w której zaproponował on warunki następujące:

- cena brutto opłaty transakcyjnej za wystawienie jednego biletu lotniczego zagranicznego- 0,01 PLN
- upust od ceny biletu lotniczego przewoźnika na poziomie 0,97%.

Wskazał na wystąpienie w tym przypadku specyficznej dwoistości interpretacji Odwołującego, w zależności od tego, która interpretacja jest w danej chwili dla niego korzystna.

Nadto powołał się na wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1175/11 dotyczący odwołania jednego z wykonawców w stosunku do decyzji Zamawiającego o przyznaniu zamówienia właśnie Konsorcjum spółek występujących aktualnie, jako Odwołujący, w którego sentencji została potwierdzona prawidłowość oferowania przez Odwołującego wysokości opłat transakcyjnych za wystawienie biletów lotniczych na poziomie PLN 0,01.

Zdaniem Przystępującego w sposób bezpośredni sytuacja ta potwierdza również prawidłowość treści oferty złożonej przez niego, szczególnie, że wyrok dotyczy właśnie Odwołującego, występującego w tym przypadku nie, jako podmiot negujący możliwość zastosowania wysokości opłaty transakcyjnej na wspomnianym poziomie, lecz przeciwnie, jako podmiot uznający, że w/w cena jest prawidłowa.

Odnosnie przytoczonego przez Odwołującego wyroku z dnia 31.10.2012r., o sygn. KIO/UZP 2115/12, to zauważył, że sytuacja faktyczna w tamtej sprawie dotyczyła

postępowania, w którym wysokość opłaty transakcyjnej za wystawienie biletu lotniczego była jedynym kryterium finansowym oceny wartości oferty.

Podmioty uczestniczące w postępowaniu, w korespondencji z Zamawiającym, nie potwierdziły nigdzie gwarancji uzyskiwania dodatkowych środków finansowych wynikających z działań będących integralnymi czynnościami, koniecznymi przy realizacji usługi, nie potwierdziły również nigdzie, że przedmiotowe środki były w ich posiadaniu przez realizacją planowanych usług, w chwili przygotowywania oferty, a takie potwierdzenie posiadania wspomnianych środków dawałoby Zamawiającemu gwarancję prawidłowej realizacji zamówienia.

Według Przystępującego jego sytuacja jest odmienna, bowiem posiada środki na realizację w/w zamówienia i na tej podstawie był w stanie przygotować odpowiednio atrakcyjną ofertę. O w/w sytuacji Przystępujący poinformował Zamawiającego w piśmie BTC - 34/01/13 z dnia 21.01.2013r.

Nadmienił również, że w ofercie złożonej przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na sukcesywne świadczenie usług w zakresie rezerwacji, sprzedaży i dostarczania biletów lotniczych i kolejowych oraz pośrednictwo w uzyskiwaniu wiz pobytowych dla delegatów Akademii Górniczo - Hutniczej im. Stanisława Staszica w Krakowie, jak również w Umowie nr ZP/0290/2010 z dnia 18.10.2010r. Odwołujący określił wysokość opłat transakcyjnych na poziomie PLN 0,00 (zero złotych).

Podkreślił, że analogiczne oferty cenowe na poziomie PLN 0,01 za wystawienie biletów lotniczych oraz z odpowiednio wysokim upustem od cen tychże biletów występują w kolejnych ofertach Odwołującego.

Poinformował, że w niektórych postępowaniach to właśnie oferta Odwołującego była najkorzystniejsza, a w innych oferty podmiotów trzecich były jeszcze bardziej konkurencyjne (żadne z tych postępowań nie zakończyło się unieważnieniem bądź wykluczeniem ze względu na zaproponowanie rażąco niskiej ceny).

W każdym z w/w przypadków oferta Odwołującego była, jego zdaniem, rzetelna i nie zawierała ceny rażąco niskiej.

Przypomniał, że w wyjaśnieniach skierowanych do Zamawiającego (pismo BTC-34/01/13) poinformował, że całkowite wynagrodzenie agenta IATA sprzedającego bilet lotniczy składać się może z wielu składników cenowych, takich jak m.in.:

- Zawarta w kwocie taryfy prowizja od przewoźnika lotniczego;
- Opłata transakcyjna za wystawienie biletu lotniczego (dowolna, zaoferowana przez agenta IATA i uzgodniona z Zamawiającym);
 - Dodatkowa gwarantowana prowizja naliczana przez właściciela systemu rezerwacyjnego, za każdą dokonaną rezerwację (rosnąca wraz z ilością dokonanych rezerwacji i częściowo przekazywana na rzecz agentów „z góry” - jeszcze przed realizacją wspomnianych rezerwacji);
 - Wszelkie pozostałe wynagrodzenia od przewoźników (rosnące wraz z ilością dokonanych rezerwacji), na bazie innych niż Umowa z IATA umów prowizyjnych.

Argumentował, że w przypadku dodatkowych, otrzymywanych przez agenta IATA prowizji od m.in. właściciela systemu rezerwacyjnego oraz od przewoźników w ramach umów dodatkowych, a nie w ramach Umowy z IATA za usługi już zrealizowane, jako sprzedaż na połączenia danego przewoźnika w przeszłości, agent IATA ma możliwość przekazania części prowizji na rzecz Zamawiającego, jako dodatkowy element uatrakcyjnienia składanej oferty.

Wyjaśnił, że wzrost produkcji rezerwacji w systemie rezerwacyjnym oraz wzrost wartości sprzedaży na poszczególnych przewoźników powoduje następnie przesunięcie wykonawcy do wyższej grupy prowizyjnej, co wiąże się z wyższym realnym przychodem tegoż Wykonawcy.

Powołał się na załączniki do wyjaśnień złożonych przy piśmie BTC-34/01/13 zawierające wyciągi z umów prowizyjnych z przewoźnikami lotniczymi, z umowy z właścicielem systemu rezerwacyjnego Amadeus Polska Sp. z o.o. oraz informacje o wypłaconych w ciągu poprzednich 12 miesięcy kwot prowizyjnych od w/w podmiotów (dokumenty te zostały zastrzeżone, jako niejawne).

Zdaniem Przystępującego powyższa dokumentacja w sposób jednoznaczny potwierdza, że opisywane możliwości uzyskania prowizji są realne i w przeszłości wystąpiły, a powyższe kwoty mogą być przez niego wykorzystane w sposób dowolny - są to kwoty uzyskane przed złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu, są one w dyspozycji Wykonawcy i nie istnieją prawne ani ustawowe przeszkody, ażeby wykorzystane zostały one w celu uatrakcyjnienia składanych ofert przetargowych.

Zadeklarował, że wszystkie te kwoty przeznaczone zostały i zostaną w przyszłości na dalszy rozwój Spółki, w tym na pozyskiwanie nowych Klientów, a udział w niniejszym

postępowaniu jest takim pozyskiwaniem Klientów i realizację działań prowadzących do rozwoju Spółki.

Podkreślił, że bez względu na możliwości uzyskiwania dodatkowych prowizji od zwiększonych sprzedaży na poszczególnych przewoźników istotnym jest gwarancja uzyskania wpływów od Amadeus Polska Sp. z o.o. za wygenerowane segmenty lotnicze na poziomie wykazanym w piśmie BTC-34/01/13 oraz kolejnych wpływów dot. wspomnianej „premię lojalnościowej” (bez względu na ilość tychże segmentów).

Wskazał, że zgodnie z załączonym wypisem z umowy z Amadeus Polska Sp. z o.o., pozyskał po podpisaniu w 2012 r. stosowne środki finansowe - w kolejnych latach, bez względu na wysokość sprzedaży i ilość dokonywanych rezerwacji, i dysponuje gwarancją uzyskiwania kolejnych wpływów we wskazanej wysokości na początku każdego roku kalendarzowego.

Zdaniem Przystępującego nie zasadnym formułowanie przez Odwołującego tezy, że : „ prowizje... uwarunkowane są osiągnięciem określonych progów sprzedażowych”.

Wyjaśnił, że dodatkowe wpływy są zagwarantowane (już przed rozpoczęciem realizowania zamówienia, a następnie w kolejnych okresach rozliczeniowych) nawet w przypadku nagłego, zdecydowanego obniżenia ilości dokonywanych rezerwacji.

Nie zgodził się z prezentowaną przez Odwołującego tezą, że jedynie kwoty opłat transakcyjnych są kwotami, które można przekazać na realizację zamówienia, natomiast wszelkie pozostałe wpływy, mające związek z realizowanymi usługami i wynikające w sposób bezpośredni i integralny z czynnościami wykonywanymi przez wykonawcę przy realizacji w/w usług, nie mogą być elementem składowym kalkulacji Wykonawcy przy konstruowaniu oferty.

Propozycje Odwołującego doprowadziłyby do sytuacji, że wpływy wynikające np. ze środków uzyskiwanych od podmiotów współpracujących przy realizacji zadań (w tym gwarantowane środki od właściciela systemu rezerwacyjnego oraz środki otrzymane od tegoż właściciela „z góry” na rozwój działalności spółki) nie mogłyby być realizację prowadzonej działalności przeznaczone - mogłyby one być jedynie „przejedzone” w postaci zakupu nowych środków transportu, zmiany wystroju wnętrza, podwyżek wynagrodzeń np. dla Zarządu etc.

Taka sytuacja – w ocenie Przystępującego - nie nosiłaby znamion prawidłowego gospodarowania posiadanymi środkami finansowymi i dbałości o interes Spółki - z pewnością nie takie były intencje i zamierzenia, zarówno podmiotów przekazujących wspomniane dodatkowe wynagrodzenia, jak również podmiotów formułujących przedmiotowe zastrzeżenia.

Podkreślił, że SIWZ nie stwierdza, że opłata transakcyjna nie może zawierać elementów wpływających dodatkowo na jej wysokość, wynikających z posiadanych już albo gwarantowanych środków finansowych, które Wykonawca zamierza przeznaczyć na gwarancję prawidłowego wykonania zamówienia.

Według Przystępującego wszelkiego rodzaju wyliczenia wskazujące na przeznaczenie np. 1/10 etatu pracowniczego, zużycie 20 ryz papieru lub też przeznaczenie PLN 37,00 na połączenia telefoniczne na realizację usługi w żaden sposób nie odzwierciedlają realności (lub też nierealności) prawidłowego jej wykonania.

Dla ustalenia zdolności wykonania zamówienia – w ocenie Przystępującego - koniecznym byłoby przeprowadzenie każdorazowo analizy wszystkich realizowanych przez wykonawcę usług dla wszystkich podmiotów w celu stwierdzenia, czy działania kompleksowe prowadzone przez Wykonawcę mają prawidłowe podstawy ekonomiczne (np. wprowadzenie wymogu przedstawienia sprawozdań finansowych za ostatni rok finansowy i wymóg posiadania dodatniego bilansu ekonomicznego).

Zaznaczył także, że dotychczasowy poziom realizowanych przez niego na rzecz Zamawiającego usług (na bazie poprzedniej umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania o uzyskanie zamówienia publicznego) wyklucza wątpliwości co do prawidłowej realizacji zamówienia uzyskanego w wyniku przeprowadzonego aktualnie postępowania (załączniki do pisma BTC-34/01/13).

Argumentował, że zgodnie z dokumentacją przekazaną Zamawiającemu jako załączniki do pisma BTC-34/01/12 dot. wysokości otrzymywanych prowizji gwarantowanych, fakt otrzymywania tego wynagrodzenia w przypadku Umowy z Amadeus Polska Sp. z o.o, jest zagwarantowany od chwili dokonania pierwszej rezerwacji.

Dalej wywodził, że dokonanie rezerwacji jest czynnością integralnie związaną z wystawieniem biletu lotniczego i jest czynnością bezpośrednio powiązana z realizacją zamówienia.

Podkreślił, że bez dokonania rezerwacji (i jednoczesnym naliczeniu należnej prowizji) nie jest możliwym wystawienie biletu lotniczego.

Twierdził, że dokonywanie rezerwacji w systemie jest czynnością zawsze zbieżną z interesem Zamawiającego, a naliczanie dokonywanych rezerwacji i w konsekwencji należnych kwot prowizyjnych nie jest zależne od rejsów, na które te rezerwacje są dokonywane - w ten sam sposób rozliczane są rezerwacje na rejsy wszystkich przewoźników.

Podkreślił, że w jego przypadku sytuacja jest odmienna - ma on zagwarantowany przychód finansowy z działalności związanej z realizacją tego konkretnego zamówienia poprzez wynagrodzenie od właściciela systemu rezerwacyjnego, a nie od przewoźników, a ponadto ma możliwość dysponowania środkami finansowymi uzyskanymi już uprzednio od właściciela systemu rezerwacyjnego na wszelkie, planowane przez Wykonawcę przedsięwzięcia (w tym na uatrakcyjnienie oferty).

Przypomniał również, że w piśmie BTC-34/01/13 skierowanym do Zamawiającego w sposób bezpośredni przedstawił kalkulację związaną z otrzymywanym wynagrodzeniem od właściciela systemu rezerwacyjnego Amadeus.

Nie zgodził się z tezą Odwołującego, że : „ przyjmuje się, że na 1 delegata podróży przypada 2,5 segmentu, nie zaś 4 segmenty. To powoduje, że ewentualna prowizja wykonawcy z tego tytułu wynosi nie 34 zł, tylko 21,50 zł. Na potwierdzenie, iż w systemie przyjmuje się 2,5 segmentu nie zaś 4 jest informacja pracownika systemu Amadeus w tym zakresie....”.

Na dowód prawidłowości przytoczonej tezy Odwołujący dołącza do odwołania kopie korespondencji z pracownicą Amadeus Polska, która stwierdza: „... średnia liczna segmentów na 1 bilet wynosi 2,5. Oczywiście średnia ta może być różna w biurach podróży w zależności od specyfiki prowadzonego Biznesu...”.

W ocenie Przystępującego potwierdza to fakt, że błędnym jest założenie Odwołującego, że w przypadku podróży realizowanych przez Zamawiającego należy przyjąć założenie, że rezerwacja obejmowała będzie średnio 2,5 segmentu.

Przystępujący przedstawił wątpliwości, na jakiej podstawie Odwołujący wyklucza możliwość realizacji podróży przez delegatów na trasach, gdzie ilość tychże segmentów w jednej rezerwacji wynosiła będzie np. 6 lub więcej, podczas gdy SIWZ przedmiotowego

postępowania nie określał szczegółowo ilości realizowanych na poszczególnych trasach delegacji, nie jest możliwym przyjęcie założenia proponowanego przez Odwołującego.

Według Przystępującego bezzasadnym jest również stwierdzenie określające należne wynagrodzenie, jako „ewentualną prowizję”, w sytuacji, gdy jest to gwarantowane wynagrodzenie.

Podniósł, że w korespondencji kierowanej do Zamawiającego załączył (tylko do wiadomości Zamawiającego) kopię Umowy z właścicielem systemu rezerwacyjnego, potwierdzenie już wypłaconych prowizji dodatkowych przez Amadeus Polska Sp. z o.o. i PLL LOT oraz przykładowe propozycje PLL LOT, Lufthansa AG i Alitalia dot. w/w prowizji dodatkowych.

Poinformował, że w chwili obecnej przewoźnicy ci (jak również inni funkcjonujący na rynku polskim) przygotowują analogiczne propozycje na kolejny - 2013 rok.

W odniesieniu do tez stawianych przez Odwołującego w zakresie wyliczeń związanych z wystawianiem polis ubezpieczeniowych Przystępujący przyjął, że postanowienia SIWZ (w tym Opis przedmiotu zamówienia) nie precyzują w sposób jednoznaczny ilości planowanych podróży w podziale na ich długość. Będą to podróże w części 1 - dniowe, 2 - 3 – dniowe, a również 4 - 5 lub 6-dniowe. W przypadku podróży dłuższych niż 6 dni koszt polis ubezpieczeniowych nie podlegać będzie umowie (i zaproponowanej kwocie polisy), lecz będzie ustalana pomiędzy stronami na bazie odrębnych uzgodnień - ceny polis będą podstawą do naliczania stosownej prowizji, zgodnej z podpisaną Umową Agencyjną z Towarzystwem Ubezpieczeniowym.

Zauważył, że SIWZ w/w postępowania (z oczywistych względów proceduralnych) nie określa szczegółowych informacji dot. czasu trwania poszczególnych podróży, a zatem jest prawdopodobnym, że większość z tych podróży będzie trwała 1 - 3 dni, co ogranicza ilość transakcji o nieco większym koszcie bazowym.

Za bezzasadny potraktował również zarzut, że kwota podana przez Przystępującego jest niewystarczająca, gdyż nie jest możliwym udowodnienie przez Odwołującego, że podróże nie będą trwały po 1 dzień każda, a wobec tego miał on prawo, na bazie informacji ujętych w SIWZ, przyjąć dowolnie wybraną przez siebie wersję z założeniem ryzyka gospodarczego, które ewentualnie podejmuje oraz mając na uwadze będące w jego posiadaniu i gwarantowane w przyszłości wynagrodzenia wynikające z dokonywanych czynności w zakresie obsługi Zamawiającego.

Za nieuprawnioną uznał również Przystępujący tezę Odwołującego o koszcie polisy na poziomie: „...116,70 pln (cena 1 polisy zgodnie z wytycznymi SIWZ)...”, z tego powodu, że SIWZ nie określał ceny polisy, a jedynie warunki ubezpieczenia podróżnych, a podana kwota nie wynika z żadnych umów przytoczonych ewentualnie przez Odwołującego.

Stwierdził, że kwota ta jest jedynie dowolnie podana wartością bez jakiegokolwiek podstawy.

Podkreślił, że kwota przedmiotowej polisy ubezpieczeniowej została określona na bazie posiadanych przez niego umów dotyczących całości ujętych SIWZ usług, a powyższa sytuacja stwarza wyjątkowo sprzyjające warunki i czynniki, które nie są dostępne dla innych wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Za nieuprawnione potraktował także inne stwierdzenie Odwołującego, że: „...Wykonawca już w momencie wystawiania biletu lotniczego jest zobowiązany za niego zapłacić.,.”.

W związku z tym stwierdzeniem poinformował, że Wykonawcy - agenci IATA mają obowiązek rozliczenia finansowego z przewoźnikami lotniczymi poprzez system rozliczeniowy BSP w okresach 14 - dniowych, przy czym np. sprzedaż biletów w okresie 01-14 lutego rozliczana jest w ostatnim dniu tegoż miesiąca, a sprzedaż w okresie 16 - 28 lutego - dopiero w dniu 15 marca.

Wreszcie zakwestionował zamieszone w odwołaniu wydruki rezerwacyjne, mające na celu udokumentowanie tezy, że „... bazowanie przy realizacji zamówienia na prowizji od poszczególnych przewoźników może skutkować oferowaniem zamawiającemu usług, które nie będą dla niego, lecz dla Wykonawcy najkorzystniejsze”.

Ponownie podkreślił, że głównym wynagrodzeniem prowizyjnym jest należność za dokonaną rezerwację przelotową niezależnie od przewoźnika, na którego ta rezerwacja została dokonana jak i od zastosowanej taryfy lotniczej.

W zakresie podniesionego zarzutu nieudostępnienia przez Zamawiającego części złożonych informacji wyjaśnił, że wynikało z faktu, że zastrzeżone informacje, w tym umowy i kwoty otrzymanych prowizji mają wartość gospodarczą i są informacjami poufnymi, nieudostępnianymi innym podmiotom gospodarczym. Zawniósł również o nieujawnianie w/w informacji w prowadzonym postępowaniu odwoławczym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Przystępującego, wyjaśnień Przystępującego z dnia 23 stycznia 2013r. i wyjaśnień wykonawcy Furnel Travel International sp. z o.o. dotyczących rażąco niskiej ceny, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez stronę i uczestnika dokumentów oraz ich wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 7 ust.1 i 3 i art. 89 ust.1 pkt. 4, art. 90 ust.2 i ust. 3, art.91 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp oraz art. 7 ust.1 i ust. 3, art. 89 ust.1 pkt.3 ustawy Pzp w związku z art.15 ust.1 pkt.1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003r nr 153 poz. 1503).

Jednym z istotnych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia czy Przystępujący i wykonawca Furnel Travel International sp. z o.o. złożyli oferty zawierające rażąco niską cenę oraz oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Izby Odwołujący nie udowodnił, iż Przystępujący i wykonawca Furnel Travel International sp. z o.o. złożyli oferty zawierające rażąco niską cenę oraz oferty, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a tylko w takiej sytuacji Zamawiający miałby dostateczną podstawę prawną do odrzucenia ofert konkurencyjnych tych wykonawców.

Zgodnie z art.89 ust.1 pkt. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a stosownie do art.89 ust.1 pkt. 4 tejże ustawy podejmuje on taką samą czynność odrzucenia oferty, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przechodząc do omówienia pojęcia rażąco niskiej ceny, to należy stwierdzić, że nie ma ono ostrych granic i wymaga skonkretyzowania na tle rozpoznawanej sprawy.

Nie oznacza to jednak, iż ocena występowania rażąco niskiej ceny może pozostawać w oderwaniu od wartości szacunkowej zamówienia oraz cen ofert innych wykonawców zaproponowanych w danym przetargu.

Przyjmuje się, że rażąco niska cena to cena nierealistyczna, zaoferowana poniżej kosztów świadczenia usługi, uniemożliwiająca wykonanie przedmiotu zamówienia.

Należy jednak podkreślić, że rażąco niska cena odnosi się do ceny za cały przedmiot zamówienia, a nie do poszczególnych pozycji kosztowych, co wynika jednoznacznie z brzmienia przepisu art.89 ust.1 pkt.4 w związku z art.90 ust.3 ustawy Pzp.

Zatem Izba stwierdziła, że wysokość kwestionowanych przez Odwołującego opłat transakcyjnych za wystawienie biletu, za dokonanie rezerwacji miejsca noclegowego czy za wystawienie polisy ubezpieczeniowej mogłaby mieć znaczenie przy ustalaniu rażąco niskiej ceny, gdyby te pozycje kosztowe wartościowo wpływały na cenę całkowitą za przedmiot zamówienia.

Izba jednak nie zauważyła takiego odniesienia do ceny ostatecznej, uwzględniając, że oferowana cena miała charakter ryczałtowy.

Z ustaleń Izby wynika, że Odwołujący złożył ofertę z ceną 2 876 053, 00 zł, zaś Furnel Travel International sp. z o.o. z ceną 2 827 060, 44 zł, podczas gdy Przystępujący za wykonanie tego samego przedmiotu zamówienia zaoferował cenę 2 800 353, 04 zł.

Różnica procentowa w zakresie ceny pomiędzy ofertą wykonawcy Furnel Travel International sp. z o.o. a ceną Odwołującego wynosi około 1,7 %, zaś pomiędzy ofertą Przystępującego i Odwołującego około 2,6 %, a zatem cena oferty Przystępującego stanowi jedynie około 97,4 % ceny Odwołującego.

W ocenie Izby wskazane wyżej relacje cenowe nie pozwalają na przyjęcie zapatrywania, że zaoferowana przez Przystępującego i wykonawcę Furnel Travel International sp. z o.o. cena pozostaje w wymiarze nierealistycznym i stanowi rażąco niską cenę.

W aspekcie powyższego Zamawiający, co do zasady nie powinien mieć wątpliwości, że zaoferowane ceny o zbliżonych wartościach nie powinny oznaczać możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Jednak Zamawiający z ostrożności wynikającej z informacji Odwołującego podjął czynności wyjaśniające w trybie przepisu art.90 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Jednocześnie w myśl ust.2 art.90 ustawy Pzp Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Nadto stosownie do art.90 ust.3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby wyjaśnienia wykonawców złożone w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w całej rozciągłości potwierdziły występowanie obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość ceny.

Izba uznała, że w istocie Przystępujący korzysta z wyjątkowo dla niego korzystnego systemu prowizyjnego Amadeus, który umożliwia mu kształtowanie cen niektórych opłat na bardzo niskim poziomie, jako, że z profitów wynikających z przedmiotowego udziału w tym systemie uzyskuje on stosowną premię lojalnościową, która ma charakter gwarantowany.

Okoliczność ta została pośrednio przyznana przez Odwołującego, który oświadczył, że przedmiotowe systemy rezerwacyjne wypłacają czasami zaliczkę na poczet prowadzonej przez pośredników działalności, a zaliczka taka jest indywidualnie negocjowana i może być na poziomie od 25% do 50% wartości wszystkich prowizji.

Wobec powyższego w ocenie Izby powyższe okoliczności zostały w całości udowodnione przez Przystępującego takimi dokumentami, jak dodatkowe porozumienie z dnia 5 marca 2012r. o premii do umowy Amadeus nr 121370 (§ 2, § 6 tegoż porozumienia) wraz z aneksem do niego (§ 12), które z uwagi na ich treść Izba potraktowała, jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa.

Natomiast Izba uznała za nieprzydatne do wykazania rażąco niskiej ceny dokumenty złożone przez Odwołującego na rozprawie w postaci wyciągu mailowego będącego informacją o zawarciu umowy ramowej z Państwowym Instytutem Weterynaryjnym z dnia 8 lutego 2013 r. oraz kopii ogłoszenia o wyborze najkorzystniejszej oferty Międzynarodowego Instytutu Biologii Molekularnej i Komórkowej w Warszawie, jak również wyciągu z korespondencji mailowej z towarzystwami ubezpieczeniowymi, uznając, że dokumenty te potwierdzają jedynie fakty tam opisane i nie przesądzają o możliwości oferowania innych wartości na rynku przedmiotowych usług przez innych wykonawców.

Jednocześnie Izba uznała za dostatecznie przekonujące te dowody, które złożył Przystępujący jeszcze na etapie prowadzonych wyjaśnień, które zawierały spójne i logiczne informacje.

W szczególności oceny Izby, co do braku występowania rażąco niskiej ceny nie zmieniło brzmienie pkt. 7.3 uchwały 824 Międzynarodowego Zrzeszenia Przewoźników Powietrznych(IATA) o zakazie odstąpienia, scedowania, przekazania lub przelewu roszczeń do sum należnych agentowi lub przewoźnikowi, które nie zostały jeszcze pobrane za transport oraz usługi dodatkowe sprzedane zgodnie z umową, w tym do stosownego wynagrodzenia, które mają prawo oni żądać zgodnie z umową, bowiem procedura ta dotyczy żądań związanych z obrotem płatnościami za transport oraz za usługi dodatkowe i dotyczy prowizji podstawowej agenta bądź przewoźnika, lecz nie może wpływać na kształt danej umowy o współpracy agencyjnej przewidującej określone korzyści dla lojalnego, skutecznego w swojej działalności agencyjnej partnera handlowego.

Izba zauważa, że zgodnie z art. 353¹ kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Przedłożone przez Przystępującego porozumienie z Amadeus wraz z aneksami do niego – według zapatrywania Izby – nie pozostaje w kolizji z powołanym wyżej przepisem kodeksu cywilnego.

Jeżeli zaś chodzi o zarzut złożenia ofert będących czynem nieuczciwej konkurencji, to Izba nie stwierdziła w złożeniu tych ofert zachowań objętych tym czynem.

W swoim odwołaniu Odwołujący zarzucił Przystępującemu wykonawcy Furnel Travel International sp. z o.o. popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na utrudnianiu 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(art.15 ust.1 pkt.1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r.o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Według Izby przedstawione w prowadzonym przetargu wyjaśnienia cenowe nie mogą być traktowane, jako utrudnienie dostępu do rynku.

Nadto zdaniem Izby Odwołujący nie udowodnił, iż przedstawione przez Przystępującego i wykonawcę Furnel Travel International sp. z o.o. oferty, z groszowymi cenami za opłaty transakcyjne oznaczały oferowanie świadczenia poniżej jego kosztów, biorąc pod uwagę, że zaoferowane przez tych wykonawców ceny ostateczne zawierają wszelkie koszty za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący według Izby nie wykazał także, że skalkulowane przez wykonawców ceny miały na celu eliminację konkurencji.

Zdaniem Izby zróżnicowanie w cenach jednostkowych oferowanych świadczeń może potwierdzać jedynie konkurencyjność ofert, co pozostaje w zgodzie z zasadą wyrażoną w art.7 ustawy Pzp.

Na marginesie należy zauważyć, że podobne praktyki handlowe, jak Przystępujący i wykonawca Furnel Travel International sp. z o.o. polegające na oferowaniu prowizji groszowej, stosował Odwołujący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w 2011r. przez Instytut Fizyki Jądrowej PAN w Krakowie na usługi w zakresie rezerwacji, sprzedaży i dostawy biletów lotniczych dla IFJ PAN w Krakowie.

W tamtej sprawie wyrokiem z dnia 15 czerwca 2011r., sygn. akt KIO 1175/11 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie innego wykonawcy, który w owym czasie kwestionował groszowe ceny jednostkowe oferowane przez Odwołującego.

W trakcie rozprawy Odwołujący przyznał, że obecnie dokonuje wyceny opłat transakcyjnych na poziomie 10 zł, w sposób dosyć ostrożny, co jest wynikiem niepewności rynku usług przewozów lotniczych.

Izba stoi jednak na stanowisku, że ostrożne szacowanie ceny składanych ofert jest dokonywane indywidualnie, w zależności o konkretnej sytuacji organizacyjnej czy finansowej danego wykonawcy i nie decyduje ono samoistnie o tym czy cena złożonych ofert jest rażąco niska i czy te oferty stanowią czyn nieuczciwej konkurencji.

O indywidualnym charakterze działalności poszczególnych wykonawców świadczy chociażby przyznanie Odwołującego, że Przystępujący ma bardziej korzystnie uregulowane warunki współpracy w systemie Amadeus niż Odwołujący.

Ostatecznie z powodu wycofania przez Odwołującego zarzutu dotyczącego utajnienia przez Przystępującego dokumentów złożonych w trakcie postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę z powodu tajemnicy przedsiębiorstwa Izba uznała ten zarzut za bezzasadny, również i z tego powodu, że dokumenty te zawierały informację o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa posiadającą istotną wartość gospodarczą.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....

.....

.....