

WYROK

z dnia 17 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2014 r. przez wykonawcę **Netmedia Business Travel sp. z o.o., 02 – 625 Warszawa, ul. Woronicza 15** w postępowaniu prowadzonym przez **Akademia Górniczo-Hutnicza im. Stanisława Staszica w Krakowie, 30 – 059 Kraków, Al. A. Mickiewicza 30**

przy udziale wykonawcy **WHY NOT USA sp. z o.o. sp.k., 35 – 010 Rzeszów, ul. Sokoła 4a** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Netmedia Business Travel sp. z o.o., 02 – 625 Warszawa, ul. Woronicza 15, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Netmedia Business Travel sp. z o.o., 02 – 625 Warszawa, ul. Woronicza 15** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawcę **Netmedia Business Travel sp. z o.o., 02 – 625 Warszawa, ul. Woronicza 15** na rzecz zamawiającego **Akademia Górniczo-Hutnicza im. Stanisława Staszica w Krakowie, 30 – 059 Kraków, Al. A. Mickiewicza 30** kwotę

319 zł 00 gr (słownie: trzysta dziewiętnaście złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1125/14

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest sukcesywne świadczenie usług w zakresie rezerwacji sprzedaży i dostarczania biletów lotniczych na przewozy pasażerskie.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego w postępowaniu, tj. wobec zaniechania odrzucenia ofert wykonawców Why Not USA Sp. j. oraz FIRST CLASS S.A. oraz czynności unieważnienia postępowania. Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył art. 89 ust.1 pkt 4 oraz 93 ust.1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert Why Not USA Sp. j. oraz FIRST CLASS S.A. jako zawierających rażąco niską cenę, nakazanie Zamawiającemu wyboru najkorzystniejszej oferty, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Zamawiający unieważnił postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 5 Ustawy w związku ze złożeniem dodatkowych ofert o tej samej cenie oraz nieodrzczeniem żadnej oferty.

Oferty Wykonawców Why Not USA Sp. j. oraz FIRST CLASS S.A. jako cenę podały 0,01 zł. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem na podstawie art. 87 ust.1 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, aby wezwał Wykonawców, którzy określili cenę stanowiącą treść oferty na 0,01 zł, o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ponieważ istnieje uzasadnione podejrzenie, że oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawcy Why Not USA Sp. j. oraz FIRST CLASS S.A. ustalili swoje całkowite wynagrodzenie za obsługę Zamawiającego w zakresie rezerwacji i sprzedaży jednego biletu samolotowego w wysokości 0,01 zł. Odwołujący porównał cenę ofert dwóch Wykonawców z pozostałymi ofertami, których wysokość wynosi 8,90 zł i 9,89 zł i doszedł do wniosku, że proponowane wynagrodzenie tych Wykonawców za usługi związane z rezerwacją i sprzedażą biletu jest kilkusetkrotnie niższe od pozostałych cen. Zdaniem Odwołującego, wyżej wykazane wynagrodzenie tych dwóch Wykonawców jest „rażąco niską ceną”, za którą

należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Oferty zawierające cenę w wysokości 0,01 zł należy uznać za nierealne z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, oferty Why Not USA Sp. j. oraz FIRST CLASS S.A. podlegają odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podnosił, że Wykonawcy złożyli oferty na kwotę niższą niż koszt świadczenia usługi. Działanie takie zagraża interesom innych wykonawców, którzy wycenili przedmiot zamówienia na kwoty rzeczywiste, wynikające z wartości usługi, przez co znaleźli się w znacznie gorszej sytuacji podczas oceny ofert w niniejszym postępowaniu. Działania takie utrudniały pozostałym wykonawcom dostęp do rynku i stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że gdyby Zamawiający dokonał prawidłowo oceny ofert pod kątem rażąco niskiej ceny i odrzucił oferty Why Not USA Sp. j. oraz FIRST CLASS S.A., wówczas nie byłoby podstaw do unieważnienia postępowania, ponieważ nie zachodziły przesłanki przewidziane w art. 93 ust.1 pkt.5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu, w przypadku potwierdzenia stawianych zarzutów miałby szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby zaferowana przez wykonawców Why Not USA Sp. j. oraz FIRST CLASS S.A. cena nie jest rażąco niska. Należy bowiem wziąć pod uwagę specyfikę zamówienia. Jak wykazało postępowanie przed Izbą, powszechną praktyką jest, że wykonawcy minimalizują wysokość swoich przychodów z tytułu świadczenia usług rezerwacji i dostarczania biletów, zadowolając się uzyskiwaniem wyłącznie prowizji z tytułu sprzedaży biletów, jaka wypłacana jest na ich rzecz przez linie lotnicze.

Cena odnosi się do całego przedmiotu zamówienia. Należy mieć na uwadze fakt, że Zamawiający wycenił wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 5 500 000 złotych. Wskazał, że wysokość tej kwoty obejmuje także koszty nabycia biletów oraz transakcji związanych z rezerwacją i dostarczeniem biletów.

Usługa rezerwacji i dostarczenia biletów nie jest więc celem w samym w sobie. Służy do uzyskania biletu przez Zamawiającego. Nie można rozpatrywać ceny usługi w oderwaniu od całej konstrukcji zamówienia.

Nie można pominąć faktu, że w zakresie źródeł przychodów, jakie uzyskuje wykonawca w związku ze świadczeniem usług rezerwacji i dostarczania biletów, jest to układ dwupodmiotowy. W związku z rezerwacją i dostarczeniem biletu (a więc także zakupem tego biletu przez Zamawiającego), wykonawca uzyskuje przychody od dwóch podmiotów. W związku ze sprzedażą biletów, do której doszło z udziałem wykonawcy, wykonawca uzyskuje przychody od linii lotniczych w postaci prowizji, co jest bezsporne. Z drugiej strony, wykonawca uzyskuje przychody od Zamawiającego za samo świadczenie usług rezerwacji i dostarczania biletów. To, że wykonawca uzyskuje przychody z dwóch źródeł (od linii lotniczej oraz Zamawiającego) powoduje, że może zaoferować wykonanie usług na rzecz Zamawiającego za cenę minimalną, nie ryzykując braku możliwości zrealizowania usługi, ani też nie oferując wykonania zamówienia za cenę nierealną.

Przy takiej konstrukcji zamówienia, zrezygnowanie z jednego źródła zysku (a do tego w istocie prowadzi zaoferowanie ceny w wysokości 0,01 zł), nie powoduje, że wykonawca w ogóle nie otrzyma wynagrodzenia w związku z zakupem biletu, dokonany przez Zamawiającego za pośrednictwem wykonawcy. W związku z tym, brak jest podstaw do postawienia zarzutu, że w takim przypadku wykonawca zaoferował cenę poniżej kosztów realizacji usługi.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji pojęcia ceny rażąco niskiej. Jest to pojęcie, którego definicja wypracowana została przez orzecznictwo. Przyjmuje się, że rażąco niska cena to cena nierealna, taka, za którą nie da się zrealizować zamówienia.

W ocenie Izby, z taką ceną nie mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Na wstępie należy podkreślić, że pojęcie cena, niska cena nie jest pojęciem z dziedziny prawa i nawet na gruncie rozważań prawnych nie może być oderwane od obiektywnych czynników faktycznych, gospodarczych, które wpływają na wysokość zaoferowanej ceny.

Należy zauważyć, że cena za obsługę Zamawiającego w zakresie rezerwacji i sprzedaży jednego biletu samolotowego w wysokości 0,01 zł nie jest ceną nierealną. Po pierwsze, cena 0,01 zł za realizację usługi jest ceną, która występuje na rynku. Zaoferowanie realizacji

usługi za tę cenę nie jest żadnym ewenementem. Cena taka oferowana jest przede wszystkim nabywcom instytucjonalnym, dokonującym rezerwacji i zakupów dużej ilości biletów. Zamawiający wskazał, że umowa, którą zawarł z wykonawcą dotychczas realizującym te usługi, przewiduje, że wynagrodzenie wykonawcy za rezerwację i dostarczenie biletu wynosić będzie właśnie 0,01 zł. Brak jest przy tym podstaw do twierdzenia, że pomimo ceny w wysokości 0,01 zł, umowa ta wykonywana jest nienależycie. Powyższe oznacza, że cena ta nie jest nierealna i jest możliwe zrealizowanie umowy za taką cenę, a co więcej, jest to także opłacalne z punktu widzenia wykonawcy.

Nie jest bez znaczenia także fakt, że w niniejszym postępowaniu dwóch wykonawców zaoferowało realizację usługi za taką właśnie cenę. Jest to kolejny fakt świadczący o tym, że cena ta występuje na szczególnym rynku świadczenia usług w zakresie rezerwacji i sprzedaży biletów samolotowych i zaoferowanie wykonania zamówienia za tę cenę nie jest niczym szczególnym. Trudno w tej sytuacji uznać, że dwóch wykonawców w tym samym postępowaniu (a więc przy tych samych warunkach realizacji zamówienia) zaoferowało cenę zarówno nierealną, jak i dla tych wykonawców nieopłacalną.

Zamawiający wycenił wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 5 500 000 złotych. Wskazał, że kwota ta obejmuje także koszty nabycia biletów oraz transakcji związanych z rezerwacją i dostarczeniem biletów. Na opisaną przez Zamawiającego usługę składa się więc także zakup samych biletów. Wobec powyższego, nie można pominąć okoliczności, że usługa będąca przedmiotem zamówienia jest usługą złożoną, składająca się z wielu usług. Na realizowaną usługę składa się zarówno rezerwacja, jak i dostawa biletów, których cena wchodzi w skład ceny zamówienia. Co więcej, cena biletów stanowi największą część ceny całego zamówienia. Usługa polegająca na rezerwacji i dostawie biletów jest usługą, która jest nierozdzielnie związana z zakupem biletów. Cała ta usługa złożona, w istocie służy realizacji dokonania zakupu biletów. Bez zakupu biletów, usługa rezerwacji i dostawy biletów jest faktycznie usługą bezprzedmiotową i pozbawioną racji bytu. Nie jest także sporne pomiędzy stronami, że wykonawcy będący agentami, otrzymują premie oraz prowizje od linii lotniczych za dokonanie sprzedaży biletów. Przyznał to sam Odwołujący. Tym samym, w ocenie Izby, wszystkie powyższe okoliczności nie mogą zostać pominięte. Fakt, że w ramach usługi złożonej, polegającej na rezerwacji i dostarczaniu biletów, wartość usług rezerwacji i dostarczenia biletów jest znacząco niższa od wartości samych biletów lotniczych, uzasadnia w ocenie Izby zaoferowanie przez wykonawców wykonania zamówienia po cenach minimalnych. Jednocześnie wykonawcy w ramach usługi złożonej otrzymywać będą wynagrodzenie w postaci prowizji od sprzedanych biletów, wypłacanej przez podmioty inne niż Zamawiający. Tym samym wykonawcy są w stanie zminimalizować swoje przychody

otrzymywane od Zamawiającego z tytułu rezerwacji i dostarczania biletów, gdyż i tak otrzymywać będą prowizję związaną z zakupem biletów przez Zamawiającego. Prowizję tę wypłacają zazwyczaj linie lotnicze.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał okoliczności, które podnosił w odwołaniu, tj. że „nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Oferty zawierające cenę w wysokości 0,01 zł należy uznać za nierealne z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania”. Jak wskazano powyżej, nie jest sporne pomiędzy stronami, że wykonawcy w ramach usługi złożonej otrzymywać będą wynagrodzenie w postaci prowizji od sprzedanych biletów, wypłacanej przez podmioty inne niż Zamawiający. Tym samym, są w stanie zminimalizować koszty po stronie Zamawiającego. Należy w tym miejscu podkreślić, że taka właśnie jest rola postępowań przetargowych. Wykonawcy konkurują ceną, co równocześnie wpływa na minimalizację kosztów po stronie Zamawiającego. Nie jest uprawnione twierdzenie Odwołującego, podnoszone w trakcie rozprawy, że w sytuacji, gdy wykonawca proponuje cenę usługi 0,01 zł za rezerwację i dostawę 1 biletu, to wykonawca taki dopłaca do niniejszej usługi z innej swojej działalności. Należy ponownie podkreślić, że taki charakter mają tego rodzaju usługi - usługa polegająca na rezerwacji i dostawie biletów jest usługą, która jest nierozdzielnie związana z zakupem biletów. Wykonawcy mają więc możliwość kalkulacji ceny, biorąc pod uwagę inne wpływy związane z wykonaniem usługi. W szczególności dokonując kalkulacji, wykonawcy nie pomijają okoliczności, że podstawową wartością i tym samym przychodem, jest przychód wypłacany przez linie lotnicze z tytułu sprzedaży biletów, których wartość stanowi prawie całą wartość usługi. Jak na wstępie Izba zauważyła, pojęcia ceny w postępowaniu nie można rozpatrywać w całkowitym oderwaniu od rzeczywistej sytuacji rynkowej. Tym samym nie można pominąć powyższych okoliczności.

Nie jest także uprawnione twierdzenie Odwołującego podniesione w trakcie rozprawy, że gdy oferta wykonawcy nie pokrywa rzeczywistych kosztów realizacji usługi, to wykonawca może stosować praktyki prowadzące do pokrycia straty w sposób niekorzystny dla zamawiającego, czyli w takim przypadku interes zamawiającego może być sprzeczny z interesem wykonawcy. Zdaniem Odwołującego wykonawca, który oferuje wyższą cenę w postępowaniu, ma mniejszy imperatyw do działania na korzyść zamawiającego, mniej będzie zainteresowany sprzedażą droższej oferty gwarantującej wyższy zysk.

Odnosząc się do tych twierdzeń, w pierwszej kolejności podkreślić należy, że postępowania przetargowe, w których jedyne kryterium stanowi cena, realizowane są w celu wyboru wykonawcy, który oferuje najkorzystniejszą ofertę. Przyjmowanie założeń, że Zamawiający

powinien dokonywać wyboru oferty droższej, nie jest uzasadnione. Co więcej, każdy z wykonawców jest zainteresowany uzyskaniem jak najlepszego wyniku ekonomicznego, zatem każdy z wykonawców będzie kierował się takimi samymi pobudkami przy wyborze oferty biletowej linii lotniczej.

Podkreślić należy, że Zamawiający w punkcie 7 opisu przedmiotu zamówienia (w SIWZ) wprowadził zastrzeżenie, zgodnie z którym: „Zamawiającemu przysługuje prawo porównywania cen biletów lotniczych oferowanych przez inne biura lub przez przewoźników w sprzedaży bezpośredniej, w tym przez internet, obowiązujących na dzień zgłoszenia zapytania przez Zamawiającego. Jeśli w wyniku weryfikacji okaże się, że oferowana przez Wykonawcę cena całkowita biletu lotniczego jest wyższa od najniższej ceny całkowitej biletu lotniczego oferowanego na rynku spełniającego wymagania Zamawiającego, Wykonawca zobowiązuje się do sprzedaży oferowanego biletu po cenie nie wyższej niż 100% najniższej ceny oferowanej na rynku.”

Co więcej, Zamawiający wprowadził także modyfikację opisu przedmiotu zamówienia i umowy poprzez dodanie postanowienia, zgodnie z którym Zamawiający zapewnił sobie możliwość sprawdzenia, czy cena, jaką za bilet oferuje wykonawca, jest ceną u przewoźnika - jest to karta umożliwiająca bezgotówkową płatność BTA.

W ocenie Izby przyjęcie założenia, że nie można jak najniżej wycenić usługi rezerwacji i dostawy biletu lotniczego (która to usługa, jak wskazano powyżej, jest usługą mikroskopijnej wartości wobec samej sprzedaży biletu – która jest podstawową), jest irracjonalne. Może doprowadzić do sytuacji, w której Zamawiający, planujący zakup biletów w okresie 24 miesięcy (a więc gwarantujący utrzymanie znaczącego portfela zamówień na bilety lotnicze), zmuszony będzie zapłacić za nie więcej niż przeciętny konsument, dokonujący jednorazowego zakupu biletu. Tymczasem istotą systemu zamówień publicznych jest powierzenie realizacji zamówienia wykonawcy oferującemu najkorzystniejszą ofertę, co często oznacza powierzenie zamówienia wykonawcy oferującemu najniższą cenę. Zasada ta prowadzić ma do racjonalizacji wydatków zamawiającego. Ponownie należy podkreślić, że nie można pomijać specyfiki zamówienia oraz faktu że podstawową wartością zamówienia jest wartość biletów i tym samym wynagrodzenie pochodzące od linii lotniczych jest podstawowym wynagrodzeniem wykonawców, gwarantującym możliwość zrealizowania zamówienia z zyskiem przy absolutnym zminimalizowaniu kosztów zamawiającego.

Izba uznała również, że Odwołujący nie wykazał, aby wyjaśnienia wykonawców Why Not USA Sp. j. oraz FIRST CLASS S.A. uzasadniały twierdzenie, że cena zaoferowana przez tych wykonawców jest rażąco niska. W ocenie Izby wyjaśnienia wykonawców są

wystarczające, poparte obliczeniami, wykazujące zysk pozwalający na realizację zamówienia przy zminimalizowaniu kosztów Zamawiającego. Prowizje i premie od linii lotniczych są zjawiskiem powszechnym, na takiej samej zasadzie funkcjonuje również Odwołujący (co przyznał w trakcie rozprawy). Przy tak szczególnym zamówieniu, realizacja usługi, której wartość jest minimalną w stosunku do rzeczywistej wartości, jaka obejmuje sprzedaż biletów, zaoferowanie minimalnej ceny, jest w ocenie Izby uzasadnione. Co więcej, należy wskazać, że usługa polega na rezerwacji i dostarczeniu biletu, co odbywa się drogą elektroniczną. Taki sposób realizacji usługi, w żadnym razie nie wpływa na koszty jej realizacji.

W ocenie Izby Odwołujący nie wskazał w podstawie odwołania naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazał jedynie okoliczność, że działanie Wykonawców Why Not USA Sp. j. oraz FIRST CLASS S.A. zagraża interesom innych wykonawców, którzy wycenili przedmiot zamówienia na kwoty rzeczywiste, wynikające z wartości usługi, przez co znaleźli się w znacznie gorszej sytuacji podczas oceny ofert w niniejszym postępowaniu. Działania takie miały utrudniać pozostałym wykonawcom dostęp do rynku i stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby, zarzut ten jest nieskuteczny już choćby z uwagi na fakt, że Odwołujący nie wskazał, jakie czyny nieuczciwej konkurencji dopuścić się mieli ci Wykonawcy, ani też jaka jest podstawa prawna zakwalifikowania ich działań jako czynu nieuczciwej konkurencji.

Na marginesie zatem Izba wskazuje, że do uznania, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji należałoby wykazać, że oferta została złożona w celu utrudnienia innym wykonawcom dostępu do rynku. Niniejsze postępowanie wykazało, że powszechną praktyką jest przyjmowanie przez wykonawców ceny 0,01 zł za usługę stanowiącą mikroskopijną część wartości całego zamówienia. Świadczy o tym zarówno fakt, że aż dwóch wykonawców złożyło ofertę z taką ceną, jak również fakt, że jak wskazał Zamawiający, dotychczas realizowane na rzecz Zamawiającego usługi również realizowane były za taką cenę. Tym samym zaoferowanie ceny w wysokości 0,01 zł jest przejawem konkurencji cenowej pomiędzy wykonawcami, związanej z normalną grą rynkową.

W świetle powyższego należało uznać, że Zamawiający nie naruszył przy ocenie ofert przepisów ustawy, a w konsekwencji prawidłowo dokonał czynności unieważnienia postępowania, ponieważ zachodziły przesłanki przewidziane w art. 93 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....