

Sygn. akt **V Ca 2047/13**

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 sierpnia 2013 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny-Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący:	SSO Waldemar Beczek (spr.)
Sędziowie:	SSO Oskar Rudziński SSR del. Joanna Machoń
Protokolant:	sekr. sądowy Beata Dąbrowska

po rozpoznaniu w dniu 20 sierpnia 2013 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi **zamawiającego A. (...)**

z udziałem **Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. z siedziba w W.**

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 20 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1014/13

orzeka:

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że: w jego punkcie 1 oddala odwołanie, w punkcie 2 kosztami postępowania obciąża P. (...) S.A. z siedzibą w W. oraz uchyla punkt 2.2;

II. zasądza od P. (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz A. (...) kwotę 1.200 (jeden tysiąc dwieście) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu wywołanym skargą.

Sygn. akt V Ca 2047/13

UZASADNIENIE

A. (...) ogłosiła w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, póź. 759 ze zm.), zamówienie publiczne, którego przedmiotem było świadczenie dla zamawiającego usług w zakresie rezerwacji i dostarczania biletów na krajowe i zagraniczne pasażerskie przewozy lotnicze.

W dniu 23 kwietnia 2013 r. zamawiający przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez E. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą (...) w S. i o odrzuceniu oferty P. (...) S.A. w W., wskazując, że oferta P. (...) S.A. zawierała rażąco niską cenę oraz sprzeczna jest z SIWZ.

Od decyzji tej wykonawca P. (...) S.A. w W. złożyły odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - przez ustalenie, że oferta P. (...) S.A. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp - przez ustalenie, że oferta P. (...) S.A. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i unieważnienie decyzji zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności oceny ofert oraz wybór, jako najkorzystniejszej oferty odwołującego oraz o przyznanie na rzecz odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Wyrokiem z dnia 20 maja 2013 roku wydanym w sprawie sygn. akt KIO 1014/13 Krajowa Izba Odwoławcza:

1. uwzględniła odwołanie i nakazała A. (...) w W. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czynności odrzucenia oferty (...) Spółki Akcyjnej w W. oraz nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciążyła A. (...):

2.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez (...) Spółkę Akcyjną w W. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądziła od A. (...) na rzecz P. (...) Spółki Akcyjnej w W. kwotę 15 000 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zasługiwał na uwzględnienie, gdyż że zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego bezzasadnie powołał brak spełniania wymagań opisanych w pkt 12 ust. 3 i 4 SIWZ co do sposobu kalkulacji ceny oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza podniosła, iż wymagania zamawiającego opisane w pkt 12 ust. 3 SIWZ różnicują sytuację potencjalnych wykonawców w zależności od tego, czy są agentami, czy przewoźnikami lotniczymi, podkreślając, że jeśli ofertę składa agent, pośredniczący w sprzedaży biletów lotniczych, w opłacie transakcyjnej ujmuje on koszty związane z wystawieniem biletu oraz wykonaniem innych czynności wymaganych przez zamawiającego, gdyż to właśnie opłata obok prowizji od sprzedanych biletów lotniczych stanowi źródło jego przychodu, natomiast w przypadku przewoźnika lotniczego, którego podstawowym źródłem przychodu było wynagrodzenie z tytułu taryfy lotniczej, posiadającego własne kanały dystrybucji biletów, koszty związane z obsługą procesu sprzedaży biletów stanowią koszt działalności jego przedsiębiorstwa liczony co do zasady już w ciężar taryfy lotniczej.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej pominięcie taryfy lotniczej (jak tego wymaga SIWZ) wywierało całkowicie odmienny wpływ na wysokość ceny ofert składanych przez przewoźników lotniczych oraz przez agentów. W takim bowiem przypadku przewoźnik wysokość opłaty transakcyjnej wiąże z otrzymywaną prowizją wynikającą z umowy łączącej go z daną linią lotniczą.

Krajowa Izba Odwoławcza zaznaczyła, iż zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego podobnie czyni agent sprzedający bilety z tą jednak różnicą, że zasady rozliczenia między przewoźnikami są korzystniejsze, niż zasady obowiązujące w stosunkach między przewoźnikiem a działającym na jego rzecz agentem.

Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że postępowania których przedmiotem jest świadczenie usług w zakresie rezerwacji dostarczania biletów na krajowe i zagraniczne pasażerskie przewozy lotnicze, mają swoją specyfikę wyrażającą się w tym, że wykonawcy

konkurują ze sobą wysokością opłat transakcyjnych oraz upustów na cenie biletów, a w wyniku wykonania umowy otrzymują wynagrodzenie w wysokości ceny sprzedanych biletów.

Izba podkreśliła, iż skoro na całkowitą cenę biletu lotniczego, który zamawiający będzie zobowiązany zapłacić z tytułu wykonywania umowy składają się, koszty taryfy lotniczej i koszty opłaty transakcyjnej to zamawiający płacąc cenę biletu lotniczego pokryje wszystkie ponoszone przez przewoźnika lotniczego koszty związane z wykonaniem usługi sprzedaży biletu lotniczego.

Zdaniem Izby postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia powodują przewagę konkurencyjną wykonawców będących przewoźnikami lotniczymi, jednakże na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty nie może to jednak przynieść skutku w postaci odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący bowiem zgodnie z wymaganiami zamawiającego pominął koszty taryfy lotniczej, co wywarło decydujący wpływ na wysokość opłaty transakcyjnej.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła także, iż oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, podkreślając, iż przedmiotem badania w przypadku zaistnienia wątpliwości co do zaoferowania przez danego wykonawcę rażąco niskiej ceny powinna być cena za realizację całego przedmiotu zamówienia, nie zaś element tej ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że twierdzenia zamawiającego zmierzały do wykazania, że rażąco niska była cena z tytułu opłaty transakcyjnej bez wykazania znaczenia zarzucanego zaniżenia wysokości opłaty dla ceny całej oferty, zaś ciężar dowodu okoliczności uzasadniających odrzucenie oferty spoczywał na zamawiającym zgodnie z art. 190 ust. 1 pzp.

Podkreślono, iż zamawiający pominął, że zarówno agent, jak i przewoźnik lotniczy uzyskują przychód związany ze sprzedażą biletów, którego źródłem nie jest opłata transakcyjna odpowiednio: dla agenta - prowizja od linii lotniczych, dla przewoźnika - taryfa lotnicza, zaznaczając, że możliwość sprzedaży większej ilości biletów przekłada się na możliwość zmniejszenia opłaty transakcyjnej, zgodnie z zasadą im większy obrót tym mniejsza cena jednostkowa.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu z przyczyn wskazanych przez zamawiającego a zamawiający zobowiązany był do jej oceny zgodnie z kryteriami przyjętymi w SIWZ.

Izba nie nakazała dokonania wyboru wskazanej oferty najkorzystniejszej mając na uwadze dyspozycję art. 192 ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych.

O kosztach Krajowa Izba Odwoławcza orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w/w ustawy.

Powyższy wyrok zaskarżył w całości skargą zamawiający, zarzucając mu:

- 1) naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4, art. 90 ust. 3 upzp, poprzez niezastosowanie, pomimo, iż zgromadzony materiał dowodowy wskazuje, iż oferta złożona w ramach ww. postępowania nie była zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a cena zawarta w tejże ofercie stanowiła rażąco niską cenę, a także że P. (...) S.A. w W. nie wykazał obiektywnych czynników lub wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia pozwalających mu tak skalkulować cenę oferty;
- 2) naruszenie art. 192 ust. 2 i 3 upzp poprzez zastosowanie w sprawie.

Wskazując te zarzuty skarżący wniósł o:

1) uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez wydanie orzeczenia oddalającego odwołanie P. (...);

2) zasądzenie na rzecz skarżącego kosztów postępowania.

Pełnomocnik P. (...) S.A. w W. wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów postępowania w instancji odwoławczej.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga podlega uwzględnieniu, gdyż zasadne są podniesione w niej zarzuty.

Trafnie bowiem skarżący podniósł, że zaskarżony wyrok został wydany z rażącym naruszeniem art. 89 ust 1 pkt 2 i 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, póź. 759 ze zm.), zwanej w dalszej części P.z.p., gdyż wbrew ocenie Krajowej Izby Odwoławczej oferta P. (...) S.A. w W. zasadnie została odrzucona przez Zamawiającego, jako sprzeczna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) i zawierała rażąco niską cenę.

Uwzględniając odwołanie tegoż Oferenta, K.I.O. dokonała błędnej interpretacji SIWZ uznając, że jej regulacje stwarzają korzystniejsze warunki dla przewoźników lotniczych w stosunku do innych podmiotów, pozwalając im korzystnie kalkulować opłatę transakcyjną.

Tymczasem, w świetle regulacji pkt 12 SIWZ, taki wniosek nie jest uprawniony, gdyż opłata transakcyjna musi odzwierciedlać faktyczne koszty wystawienia biletu, a warunku tego nie spełnia odrzucona oferta.

Zważywszy bowiem na składniki tworzące koszt tej opłaty nie sposób przyjąć, że kwota 0,01 zł stanowi realny koszt wystawienia biletu lotniczego. Wątpliwości w tym zakresie powziął również Zamawiający zwracając się w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p. do wykonawcy z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów złożonej oferty mających wpływ na wysokość ceny. W pisemnych wyjaśnieniach z 20 marca 2013 roku -powtórzonych zresztą przed K.I.O. - wykonawca poinformował, że głównym źródłem jego wpływów z przewozów lotniczych są wpływy uzyskane z zastosowanych taryf lotniczych, stanowiących główny element ceny biletu lotniczego, podkreślając, że przewoźnik kalkuluje znaczną część kosztów w taryfie lotniczej będącej głównym elementem ceny biletu, a pozostała, mniejsza część kosztów sprzedaży przewoźnika ma charakter stały i jest odzwierciedlona w opłacie transakcyjnej.

Słusznie Zamawiający uznał to wyjaśnienie za nieprzekonywujące stwierdzając, iż zgodnie z regulacją zawartą w pkt 12 ppkt 3 i 4 SIWZ, cena opłaty biletu lotniczego winna obejmować wszystkie koszty związane z realizacją zlecenia, w szczególności za rezerwację, wystawienie i sprzedaż biletu (bez kosztów biletu wynikających z taryfy przewoźnika) wraz dostarczeniem w miejsce wskazane przez Zamawiającego na terenie W., informowanie o zbliżających się terminach wykupu zgodnie z wymogami S.I.W.Z. z uwzględnieniem stawki podatku Vat.

Zasadnie Zamawiający ocenił, że przedstawiona przez Wykonawcę kalkulacja ceny opłaty transakcyjnej jest niezgodna z postanowieniem pkt 12 ppkt 4 SIWZ oraz § 4 ust 2 i 3 załącznika nr 2 do SIWZ, który określił, że w taryfie przewoźnika mogą się zawierać jedynie koszty związane bezpośrednio z przelotem.

Zamawiający trafnie także zauważył, że będzie korzystał z usług różnych przewoźników co oznacza, że (...) S. A. w W., działając jako pośrednik, nie może części opłaty transakcyjnej za wystawienie biletu skalkulować w taryfie lotniczej innego przewoźnika, gdyż nie będzie miał na to wpływu. Trafnie też zamawiający uznał, że oferta P. (...) S.A. zawierała rażąco niską cenę, co skutkowało jej odrzuceniem stosownie do regulacji art. 89 ust 1 pkt 4 P.z.p.

Sąd Okręgowy podziela bowiem ocenę Zamawiającego, że za kwotę 0,01 zł Wykonawca nie pokryje kosztów związanych z wystawieniem biletu lotniczego, na które

składają się: wynagrodzenie pracowników, materiał na bilet, najem lokalu, dostarczenie biletu obsługa telefoniczna itp.

Stosownie do regulacji art. 90 ust 3 P.z.p. zamawiający władny był ocenić złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia za zbyt ogólnikowe, zasadnie podnosząc, że nie zostały potwierdzone żadnymi dowodami. Takich dowodów wykonawca nie przedstawił również przed K.I.O., a tym samym zasadnie skarżący zarzucił, że ustalenia K.I.O., które legły u podstaw zaskarżonego wyroku, oparte zostały na gołosłownych twierdzeniach odwołującego się — szczególnie w zakresie odnoszącym się do uwzględnienia kosztu wystawienia biletu w taryfach lotniczych innych przewoźników. Odrzucając ofertę P. (...) S.A. jako zawierającą rażąco niską cenę Zamawiający zasadnie stwierdził, że wyjaśnienia wykonawcy w zakresie odnoszącym się do tego zagadnienia nie tylko nie były konkretne i przekonywujące, ale również nie zostały potwierdzone żadnymi dowodami.

Trafnie K.I.O. podniosła, że zarzut rażąco niskiej ceny odnieść należy tylko do ceny za całość zamówienia, jednakże zważywszy, że cena opłaty transakcyjnej stanowi jedyny element ceny w pełni zależny od Wykonawcy zamówienia, to rażące jej zaniżenie przesądza o rażącym zaniżeniu całej ceny, za jaką ma być wykonane zamówienie publiczne.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Okręgowy zmienił zaskarżony wyrok i oddalił odwołanie na podstawie art.198f ust 3 P.z.p. oraz orzekł o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art.198f ust 5 P.z.p. O kosztach postępowania wywołanego skargą Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 198a ust 2 P.z.p.