

Sygn. akt XXIII Ga 475/09

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 sierpnia 2009 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący - SSO Bolesław Wadowski

Sędziowie - SO Bernard Litwiniec (spr.)

SR (del.) Agnieszka Grzybczak – Stachyra

Protokolant apl. radc. Mariusz Szarek

po rozpoznaniu w dniu 5 sierpnia 2009 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy ze skargi (...) Sp. z o. o. w W.

z udziałem przeciwnika skargi (...)

i interwenienta ubocznego po stronie przeciwnika skargi (...) Sp. z o. o. w W.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 czerwca 2009 r. Sygn. akt KIO/UZP 672/09

I. oddala skargę,

II. zasądza od (...) Sp. z o. o. w W. na rzecz (...) 600 zł (sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania przed Sądem Okręgowym.

Sygn. akt XXIII Ga 475/09

UZASADNIENIE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na obsługę w zakresie rezerwacji i sprzedaży biletów lotniczych, zamawiający (...) w W. wybrał ofertę (...) Sp. z o.o. w W..

Na czynności Zamawiającego protest wniósł (...) Sp. z o.o. w W.. Wobec nieuwzględnienia protestu przez Zamawiającego, do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wpłynęło odwołanie (...) Sp. z o.o. w W.. Odwołujący w odwołaniu podtrzymał zarzuty, wnioski i argumenty wskazane w proteście, a polegające na nieodrzczeniu oferty (...) i uznanie jej za niekorzystniejszą, nieodrzczeniu oferty (...) Sp. z o.o. i nieodrzczeniu oferty (...) Sp. z o.o. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 2 pkt 13 ustawy prawo zamówień publicznych oraz art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wniósł o odrzucenie oferty (...). (...) Sp. z o.o.. (...) Sp. z o.o., powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wybranie oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej i jedynej zgodnej z obowiązującym prawem. Podniósł, iż Zamawiający powinien udzielić zamówienia wyłącznie temu wykonawcy, który świadczy usługi odpowiadające przedmiotowi zamówienia i za które obowiązany jest pobierać zapłatę (art. 2 pkt 13 ustawy prawo zamówień publicznych). Odwołujący podniósł ponadto, iż wykonawcy (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. ustalili swoje całkowite wynagrodzenie za obsługę Zamawiającego w zakresie rezerwacji i sprzedaży biletów na 0.01 % wartości wystawionego biletu lotniczego. Zatem wynagrodzenie tych wykonawców jest kilkusetkrotnie niższe od pozostałych opłat transakcyjnych, jest „rażąco niską ceną”, dlatego też oferty winny

podlegać odrzuceniu, w myśl art. 89 ust. 1 pkt 4 w/w ustawy. Odwołujący wskazał, iż zarzut rażąco niskiej ceny dotyczy opłaty transakcyjnej ofert wykonawców (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o., zaś zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji dotyczy upustu oferowanego przez wykonawców i dotyczy wszystkich trzech ofert złożonych przez pozostałych wykonawców.

Wyrokiem z dnia 9 czerwca 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie, kosztami postępowania obciążyla (...) Sp. z o.o. w W.. W ocenie I. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych jest bezpodstawny. Zarzut Odwołującego, iż wykonawcy (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. ustalili opłatę transakcyjną w wysokości 0.01 % pozostawiono bez rozpoznania, bowiem został zgłoszony dopiero w odwołaniu, a nie w proteście, co jest sprzeczne z art. 191 ust. 3 w/w ustawy. Krajowa Izba Odwoławcza nie uznała także zarzutu naruszenia czynu nieuczciwej konkurencji. Uznała, iż sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza do zakwalifikowania danego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji, bowiem konieczne jest także wykazanie, że doszło do tego w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący nie wykazał i nie udowodnił, że którykolwiek z wykonawców posiada pozycję dominującą na rynku oraz że działanie wykonawców miało na celu wyeliminowanie Odwołującego z rynku. Nadto Krajowa Izba Odwoławcza podniosła, iż nie znalazła podstaw do kwestionowania zaoferowanego przez wykonawców upustu w wysokości przekraczającej gwarantowane upusty linii lotniczych. Dodatkowe prowizje wynikają z umów zawieranych pomiędzy agentami i przewoźnikami, a (...) Sp. z o.o. w W. wykazał fakt zawarcia takich umów i odpowiednio to udokumentował.

Skargę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej złożył (...) Sp. z o.o. w W.. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przez przyjęcie, że wynagrodzenie (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. nie było w rażąco niskiej cenie skutkującej odrzuceniem ofert tych wykonawców,
- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez przyjęcie, że upust w cenie biletów lotniczych nie jest czynem nieuczciwej konkurencji,
- naruszenie art. 758 i 758¹ k.c. przez przyjęcie, że wykonawca działając jako agent linii lotniczych ma prawo do udzielania upustu/ rabatu od cen biletów tych linii oraz że prowizja dodatkowa należna agentowi jako wynagrodzenie może być przeznaczona na dopłatę („upust”) do ceny biletu lotniczego.
- naruszenie art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych przez uznanie, że ofert pozostałych wykonawców były odpłatne.
- sprzeczność istotnych ustaleń Krajowej Izby Odwoławczej z treścią zabranego materiału dowodowego przez przyjęcie, że oferty (...) Sp. z o.o. w W.. (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. nie podlegając odrzuceniu; przystępujący wykonawca wykazał dowodami, że zawarł umowy dające mu prawo do dodatkowych prowizji mających wpływ na wysokość ceny; wykonawcy w swoich umowach z liniami lotniczymi mieli zagwarantowaną możliwość oferowania nabywcom biletów upustów cenowych w imieniu linii lotniczych; działania (...) Sp. z o.o. w W. nie były utrudnianiem dostępu do rynku.
- naruszenie prawa procesowego, tj. art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez uznanie, że skarżący nie podniósł w proteście zarzutu oferowania przez wykonawców rażąco niskiej ceny.

Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie by Zamawiający unieważnił wybór oferty (...) Sp. z o.o. w W. jako najkorzystniejszej, odrzucił oferty (...) Sp. z o.o. w W., (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. i powtórzył wybór oferty najkorzystniejszej, wniósł o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego za dwie instancje.

Zdaniem skarżącego podniósł on już w proteście zarzut rażąco niskiej ceny i to w stosunku do wszystkich trzech wykonawców. Także w ocenie skarżącego Krajowa Izba Odwoławcza pomyliła pojęcia „prowizji agenta”, jako jego

wynagrodzeni od linii lotniczej od „upustu ceny za bilet lotniczy” dla Zamawiającego jako strony umowy przewozu dokonanego przez biuro podróży na rzecz linii lotniczej. Wynagrodzeniem agenta jest jego prowizja otrzymywana od linii lotniczych. Skarżący wskazał, iż złożone oferty wykonawców prowadzą do nieodpłatnego świadczenia po ich stronie.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie jest zasadna.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że nie budzi zastrzeżeń ocena Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie ustalenia, iż zarzut Odwołującego, że wykonawcy (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. ustalili opłatę transakcyjną w rażąco niskiej wysokości należało pozostawić bez rozpoznania. Istotnie zarzut ten został zgłoszony dopiero w odwołaniu, a nie w proteście, a zatem miał zastosowanie art. 191 ust. 3 w/w ustawy. Wbrew stanowisku zawartym w skardze, protest skarżącego nie zawierał jednoznacznie sformułowanego zarzutu odnośnie omawianej kwestii.

W tej sytuacji Sąd Okręgowy nie miał podstaw do rozpatrzenia zasadności wspomnianego wyżej zarzutu, co wynika z art. 198 ust.4 Prawa zamówień publicznych.

Także jako spóźniony należało uznać zarzut dotyczący naruszenia art. 758 i 758¹ k.c, gdyż nie był on zgłaszany wcześniej. Z tego względu znajduje zastosowanie art. 198 ust.4 Prawa zamówień publicznych.

Sąd nie znalazł także przesłanek świadczących o tym, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez przyjęcie, że upust w cenie biletów lotniczych nie jest czynem nieuczciwej konkurencji. Zarzut ten wymagał udowodnienia przez skarżącego, że zastosowany przez (...) Sp. z o.o. i pozostałych wykonawców upust cenowy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a to wiązało się z koniecznością dokonania przez skarżącego przekonywującej i wystarczająco pogłębionej analizy rynku sprzedaży biletów lotniczych, która dopiero wykazałaby słuszność omawianego zarzutu. Taka analiza nie została jednak w niniejszym postępowaniu przeprowadzona. Skarżący jedynie w sposób wybiórczy powołał się dla poparcia swojego stanowiska na pisma kilku przewoźników, co nie oddaje faktycznych stosunków rynkowych. W konsekwencji należało uznać, że omawiany zarzut nie został przez skarżącego udowodniony. Należało też wziąć pod uwagę, że pozostali uczestnicy postępowania przetargowego, jak wynika z analizy akt sprawy toczącej się przed Krajową Izbą Odwoławczą i danych wskazywanych przez skarżącego, także stosowali z reguły znaczące upusty, co jest argumentem przemawiającym przeciwko stanowisku zawartym w skardze w zakresie zarzutu dotyczącego popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Dla oceny trafności rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej nie miał także wpływu zarzut, że prowizja dodatkowa należna agentowi jako wynagrodzenie może być przeznaczona na dopłatę („upust”) do ceny biletu lotniczego oraz zarzut dotyczący naruszenia art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych przez uznanie, że oferty pozostałych wykonawców były odpłatne. Zamawiający trafnie podniósł, że skarżący błędnie utożsamiał brak odpłatności za usługi innych wykonawców z kalkulacją ceny biletu i otrzymaniem z tego tytułu prowizji. Wszyscy wykonawcy określili swoje wynagrodzenie z tytułu sprzedaży biletów lotniczych i już tylko z tego względu nie sposób uznać wskazanego wyżej zarzutu bezpłatności. Stosowanie upustów cenowych i rabatów na skutek odpowiednich decyzji przewoźników na omawianym rynku ma charakter powszechny, czego skarżący nie negował, a zatem ta okoliczność musi być brana pod uwagę w ocenie zgłaszanych w niniejszym postępowaniu ofert. Sąd Okręgowy nie podziela wreszcie zarzutów dotyczących sprzeczności istotnych ustaleń Krajowej Izby Gospodarczej z treścią zebranego materiału dowodowego. W toku wcześniejszego postępowania skarżący nie wykazał wystarczającej inicjatywy dowodowej. Tymczasem, zgodnie z art.6 kc. to na nim spoczywał obowiązek wykazania prawdziwości twierdzeń podnoszonych na swoją korzyść. Zarzuty błędnych ustaleń zawarte w skardze mają dość lakoniczny charakter. Nie wskazują na sprzeczności logiczne w dokonanych przez krajową Izbę Odwoławczą ustaleniach faktycznych. Bezasadnie skarżący zarzucał pozostałym wykonawcom, że ci nie udowodnili, że zawarli umowy dające im prawo do dodatkowych prowizji mających wpływ na wysokość ceny; a w swoich umowach z liniami lotniczymi mieli zagwarantowaną możliwość

oferowania nabywcom biletów upustów cenowych w imieniu linii lotniczych oraz, że działania (...) Sp. z o.o. w W. nie były utrudnieniem dostępu do rynku. Należało mieć na uwadze, że odpowiednie umowy, których udowodnienia domagała się skarga, nie musiały być już zawarte, a jak wyżej wskazano, praktyka ich zawierania jest powszechnie znana. Skarżący nie wykazał także w sposób przekonujący, że działania (...) Sp. z o.o. w W. były utrudnieniem dostępu do rynku.

Mając powyższe na uwadze z mocy art. 198.2 Prawa o zamówieniach publicznych orzeczono jak wyżej.

O kosztach postępowania sądowego postanowiono w myśl art. 198.5 tej ustawy.