

Sygn. akt: KIO 126/18

WYROK
z dnia 5 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk
Członkowie: Anna Packo
Beata Pakulska - Banach
Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2018 r. przez wykonawcę **Top Podróże Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** w postępowaniu prowadzonym przez **11 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Bydgoszczy**,

przy udziale wykonawcy **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kielnarowej** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 126/18 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – **11 Wojskowemu Oddziałowi Gospodarczemu w Bydgoszczy** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny oferty, w tym ujawnienie całości złożonych przez wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kielnarowej wyjaśnień z dnia 4 stycznia 2018 r., odrzucenie oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp oraz wykluczenie ww. wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp,

2. pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niezasadne,
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **11 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Bydgoszczy** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę **Top Podróże Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Zamawiającego – **11 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Bydgoszczy** na rzecz Odwołującego - wykonawcy **Top Podróże Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – 11 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Bydgoszczy [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *rezerwację, sprzedaż i sukcesywne dostawy biletów podróży* (znak postępowania: 82/ZP/U/FIN/2017).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 grudnia 2017 r. pod numerem 2017/S 240-498270.

W dniu 22 stycznia 2018 r. wykonawca Top Podróże Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k., pomimo że wykonawca WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. nie wykazał, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, bowiem w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez Zamawiającego złożył ogólne, lakoniczne wyjaśnienia w sprawie wyliczenia ceny, niepoparte żadnym dowodami;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k., której treść nie odpowiada treści SIWZ;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
4. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. jako tajemnica przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy wykonawca nie wykazał przesłanek uznania zastrzeżonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, co uniemożliwiło Odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej w zakresie bezpodstawnie zastrzeżonych informacji;
5. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. z postępowania, mimo że złożył w ramach wyjaśnień z dnia 4 stycznia 2018 r. nieprawdziwe informacje – w zakresie uwzględnienia w

cenie biletów lotniczych szeregu czynników wymaganych przez Zamawiającego – wprowadzając tym samym Zamawiającego;

6. z ostrożności procesowej, w przypadku uznania – że Zamawiający nie wzywał do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny a wyjaśnienia wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. z dnia 4 stycznia 2018 r. stanowiły wyłącznie wyjaśnienia treści oferty złożone na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a nie wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny – zarzucam naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. do wyjaśnień w sprawie wyliczenia ceny, w sytuacji gdy wykonawca WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. zaoferował średnią cenę biletów lotniczych na poziomie niższym o ok. 53% od średniej arytmetycznej cen 10 biletów lotniczych wszystkich złożonych ofert.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. dokonania ujawnienia elementów wyjaśnień bezzasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa;
3. odrzucenia oferty wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k.;
4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
5. dokonania wyboru oferty Odwołującego w wyniku powtórnego badania i oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, bowiem Zamawiający - w wyniku bezpodstawnego uznania za najkorzystniejszą oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Gdyby Zamawiający należycie zbadał wybraną ofertę, dokonałby jej odrzucenia, a Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie.

Ponadto podniósł, że wykonawca wybrany nie wykazał, iż zastrzeżone przez niego pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa a Zamawiający pomimo tego, nie odtajnił ich. Gdyby Zamawiający dokonał ujawnienia bezzasadnie zastrzeżonych wyjaśnień - Odwołujący poprzez ich weryfikację miałby możliwość zakwestionowania ich prawdziwości oraz rzetelności jak również tego, czy w istocie potwierdzają, że wykonawca, który złożył ofertę - nie zaoferował rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego Odwołujący wskazał, że w jego ocenie Zamawiający pismem z dnia 2 stycznia 2018 r. wezwał wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny – z uwagi na to, że istotna część

składowa ceny (średnia cena 10 biletów lotniczych), wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie ww. wykonawca złożył pismem z dnia 4 stycznia 2018 r. wyjaśnienia. Łącznie wyjaśnienia składały się z krótkiego, 2 – stronicowego pisma w części jawnej oraz – w części utajnionej – ze sposobu wykonania kalkulacji. Nadto argumentował, że wyjaśnienia wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. były niezwykle lakoniczne, ogólne i niepoparte jakimikolwiek dowodami. Co więcej, wykonawca nie odniósł się w ogóle do jednego z pytań Zamawiającego, a dodatkowo nie załączył wymaganej przez Zamawiającego kalkulacji.

Podniósł, że wykonawca WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. wskazał, że średnie ceny 10 biletów lotniczych uwzględniają wszelkie dodatkowe opłaty, lecz nie wskazał w ogóle jakie dodatkowe opłaty miał na myśli. Nie przedstawił w tym zakresie – jak zresztą w przypadku pozostałych twierdzeń – żadnych dowodów. Podobnie jak w przypadku twierdzenia wykonawcy, że średnie ceny 10 biletów lotniczych uwzględniają czas konieczny na przesiadkę. Wydaje się, że twierdzenie to jest odpowiedzią na pytanie Zamawiającego z punkt e) wezwania, tj. czy czas oczekiwania na ewentualną przesiadkę jest wystarczający na dokonanie wszelkich formalności. W tym kontekście podnieść należy, że wykonawca WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. w ogóle nie wyjaśnił jaki czas i na załatwienie jakich formalności uwzględnił w średniej cenie 10 biletów lotniczych. Nie przedstawił w tym zakresie jakichkolwiek dowodów. Oświadczenia ww. wykonawcy w zakresie twierdzeń o uwzględnieniu czynników wymaganych przez Zamawiającego w średniej cenie 10 biletów lotniczych – są zatem nieweryfikowalne, bez pokrycia, nie rozwiewają w żaden sposób wątpliwości co do rzetelności jego kalkulacji.

Dodatkowo podniósł, że ww. wykonawca nie udzielił odpowiedzi czy uwzględnione przez niego w kalkulacji ceny biletów są cenami biletów najkorzystniejszych dla pasażera pod względem ceny i czasu trwania podróży. Wskazać należy, iż w załączniku nr 1 do SIWZ, Opis przedmiotu zamówienia, pkt 24 Zamawiający wskazał, że nie godzi się na zaoferowanie przez wykonawców biletów na tanie linie lotnicze i pytanie Zamawiającego z pkt d) wezwania niewątpliwie dotyczyło właśnie tej okoliczności. Ostatecznie Zamawiający nie uzyskał z wyjaśnień wiedzy czy ceny biletów są cenami biletów najkorzystniejszych dla pasażera pod względem ceny i czasu trwania podróży.

Dalej wskazał, że Zamawiający w wezwaniu z dnia 2 stycznia 2018 r. zażądał przedłożenia kalkulacji potwierdzającej prawidłowość wyliczenia średniej ceny 10 biletów lotniczych. Tymczasem ww. wykonawca w treści wyjaśnień wprost wskazał, że nie dysponuje na dzień ich składania kalkulacją przelotów wziętych pod uwagę przy przygotowaniu oferty i zamiast tego załączył do wyjaśnień „sposób wykonania kalkulacji”. Bez wątpienia kalkulacja oparta na konkretnych liczbach, dających się odnieść do średniej ceny 10 biletów lotniczych,

ostatecznie wskazanej przez wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. w ofercie, ma większy walor niż jedynie opis sposobu kalkulacji, nieodwołujący się do jakichkolwiek konkretnych liczb. W ocenie Odwołującego ww. wykonawca swoim twierdzeniem o braku kalkulacji przelotów ostatecznie sam poddał w wątpliwość rzetelność i uczciwość kalkulacji swojej oferty.

Z kolei ustosunkowując się do zarzutu drugiego Odwołujący przywołał treść pkt 14 i 20 OPZ, § 3 ust. 4 projektu umowy oraz wyjaśnień treści SIWZ z dnia 21 grudnia 2017 r.

Wskazał, iż Zamawiający oczekiwał podania ceny na danej trasie w kryterium średniej ceny 10 biletów lotniczych, która miała zawierać średnią cenę biletu lotniczego obejmującą bagaż rejestrowany oraz wszystkie dodatkowe opłaty nałożone przez przewoźnika. Dodatkowo przyjąć należy, że złożona oferta powinna zawierać średnie ceny dostępne na rynku, realne na moment składania oferty. Tymczasem wykaz cenowy podany przez wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. zawierał pozycje, które nie odpowiadają treści SIWZ. Przykładowo w przypadku kursów: 1) Warszawa – Bruksela – Warszawa – cena biletu z bagażem rejestrowanym – 77 zł; 2) Warszawa – Oslo – Warszawa - cena biletu z bagażem rejestrowanym – 39 zł; 3) Warszawa – Paryż – Warszawa - cena biletu z bagażem rejestrowanym – 18 zł; 4) Warszawa – Neapol – Warszawa - cena biletu z bagażem rejestrowanym 117 zł oraz 5) Warszawa – Tel Aviv – Warszawa - cena biletu z bagażem rejestrowanym – 89 zł, podane ceny są nierzetelne, ww. wykonawca nie uwzględnił w nich wymagań Zamawiającego co do kosztów bagażu rejestrowanego i dodatkowych opłat. Odwołujący wskazał, iż z informacji do których ma dostęp, za pośrednictwem specjalnego systemu dla kasjerów lotniczych – Sabre Global Distribution System wynika, że ceny biletów zaoferowane przez ww. wykonawcę są nierealne. Wskazał, że w przypadku lotu na linii Warszawa – Bruksela – Warszawa z systemu Sabre wynika, że same opłaty dodatkowe (tzw. podatek) wliczane do ceny biletu wynoszą 222,48 zł, a w przypadku kursu Warszawa – Oslo Warszawa 270,24 zł.

Dodatkowo wskazał, że sama cena bagażu rejestrowanego na trasie europejskiej w jedną stronę to koszt 60 – 120 zł, w zależności od przewoźnika, a w dwie strony – a takie właśnie kursy są przedmiotem zamówienia – koszt ten wynosi już 120 – 240 zł. U tradycyjnych przewoźników koszt bagażu rejestrowanego wliczany jest automatycznie do ceny biletu (pozycja „taryfa” w systemie Sabre). Odmiennie jest u przewoźników niskokosztowych. Same ceny są jednak niemal takie same.

Wskazał, iż na podstawie informacji dostępnych w Internecie pod adresem <https://www.fru.pl/poradnik/bagaz-podreczny-i-rejestrowany>: Obecnie kwestia płatności za bagaż rejestrowany dotyczy nie tylko tanich linii, ale także niektórych klas linii regularnych (np. promocyjne klasy rezerwacyjne Air France i KLM). Biorąc pod uwagę tanie linie, ceny za

przewóz bagażu rejestrowanego wahają się w zależności od sezonu i trasy: 1) bagaż rejestrowany w Ryanair – 15 lub 20 kg (72 – 192 zł za 15 kg i 120 – 240 zł za 20 kg w zależności od długości lotu) w 1 stronę, 2) bagaż rejestrowany w WizzAir – 23 lub 32 kg (65 – 196 zł za 23 kg i 109-239 zł za 32 kg w zależności od sezonu) w 1 stronę oraz 3) bagaż rejestrowany w Air France – 23 kg, 110 zł w 1 stronę (bagaż płatny tylko w niektórych klasach).

Także w przypadku kursów międzykontynentalnych wykonawca WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. podał ceny nierzetelne, nieuwzględniające wymogów SIWZ. Wskazać należy, iż średnie ceny biletów lotniczych na kursach Warszawa – Waszyngton – Warszawa oraz Warszawa – Tokio – Warszawa są nieprawdziwe, gdyż nie zawierają wszystkich wymaganych opłat – same opłaty dodatkowe na trasach to koszt ok. 1 500 zł, a do tego należy doliczyć koszt taryfy dla danego lotu. Z informacji z systemu Sabre wynika, że w przypadku lotu do Waszyngtonu opłaty dodatkowe wynoszą 1 532,73 zł, a w przypadku lotu do Tokio wynoszą 1 362,97 zł. Tymczasem wykonawca zaoferował całkowitą cenę – 1470 zł za kurs Warszawa – Waszyngton – Warszawa oraz 1580 zł za kurs Warszawa – Tokio – Warszawa. Powyższe oznacza, że oferta ww. wykonawcy pozostaje w sprzeczności z wymogami Zamawiającego zdefiniowanymi w pkt 14 i 20 OPZ, § 3 ust. 4 projektu umowy oraz treścią wyjaśnień z dnia 21 grudnia 2017 r.

Odwołujący przywołał również treść pkt 24 załącznika nr 1 do SIWZ. Argumentował, że dodatkowy koszt bagażu rejestrowanego występuje zarówno w przypadku przewoźników regularnych linii lotniczych, jak i przewoźników niskokosztowych. Ma to o tyle znaczenie, że z oferty wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. wynika, że zaoferował on bilety lotnicze na loty europejskie bazując na połączeniach przewoźników niskokosztowych. Wskazać należy, iż przewoźnicy tego typu oferują niedogodne godziny lotów a ich samoloty lądują na lotniskach odległych od centrum miasta – w miastach satelickich. Przykładowo, jeśli idzie o kurs Warszawa – Oslo – Warszawa, samoloty tanich przewoźników lądują na lotnisku Torp w Sandefjord, tj. miejscowości zlokalizowanej aż 2 godziny jazdy pociągiem od centrum Oslo. Z kolei w przypadku kursu Warszawa – Bruksela – Warszawa samoloty tanich przewoźników lądują nie w Brukseli, lecz na lotnisku w Charleroi, tj. miejscowości oddalonej od centrum Brukseli aż o 60 km. Zaoferowanie przez wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. biletów lotniczych przewoźników niskokosztowych oznacza, że oferta tego wykonawcy nie jest zgodna z wymogiem określonym w pkt 24 OPZ.

W zakresie zarzutu trzeciego Odwołujący podniósł, iż złożenie przez wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Wskazał, że podmiot ten świadomie – w celu utrudnienia dostępu do rynku innym wykonawcom – zaoferował ceny biletów lotniczych nierealne, niedostępne na rynku. Zamawiający wymagał podania cen biletów lotniczych obejmujących wszelkie opłaty dodatkowe i koszty bagażu rejestrowanego. Tymczasem wykonawca WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. celowo podał zaniżone ceny biletów lotniczych, nieobejmujące kosztów wspomnianych przez Zamawiającego. W kontekście realności cen biletów lotniczych podanych przez wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. znamienne jest, że sam nie jest on w stanie podać cen biletów, na których oparł kalkulację ceny oferty ani przedłożyć Zamawiającemu samej kalkulacji.

Z doświadczenia i wiedzy rynkowej Odwołującego wynika, że takie ceny jakie zaoferował wykonawca WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. – zarówno w zakresie kursów europejskich jak i międzynarodowych – po prostu nie występują na rynku. Nadto przywołał treść art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) [dalej „znku”]. Z kolei w art. 3 ust. 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 znku wskazano wprost, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie dostępu do rynku przez odsprzedaż usług poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Na skutek zaoferowania przez wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. oferty obejmującej ceny nierynkowe w przedmiotowym postępowaniu doszło do zagrożenia interesu Odwołującego poprzez uniemożliwienie mu uzyskania zamówienia.

W przedmiocie zarzutu czwartego Odwołujący podniósł, iż wykonawca WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. nie wykazał przesłanek uzasadniających objęcie „sposobu wykonania kalkulacji” tajemnicą przedsiębiorstwa. W szczególności wykonawca nie wykazał w jaki sposób podjął niezbędne kroki w celu zachowania „sposobu wykonania kalkulacji” w poufności. Twierdzenia ww. wykonawcy o tym, że stosuje rygorystyczną politykę bezpieczeństwa informacji poprzez zawieranie odpowiednich postanowień w regulaminie pracy, umowach o pracę czy umowach o zakazie konkurencji – uznać należy za całkowicie gołosłowne. Znamienne jest, że wykonawca nie przedstawił w tym zakresie jakichkolwiek dowodów, tj. na przykład regulaminu pracy, zanonimizowanych umów o pracę czy umów o zakazie konkurencji, zawierających klauzule o zachowaniu poufności przez pracowników. Wskazał, że w orzecznictwie przyjmuje się, że zastrzeżenie informacji powinno być poparte przez wykonawcę dowodami i przywołał w tym zakresie wyroki KIO z dnia 29 marca 2017 r. sygn. akt: KIO 512/17, z dnia 25 lipca 2016 r. sygn. akt: KIO 1268/16 oraz z dnia 15 maja 2015 r. sygn. akt: KIO 907/15. Podniósł również, że zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być

dokonywana na podstawie podanych przez wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji i przywołał na potwierdzenie swojego stanowiska fragment rozważań Sądu Okręgowego w Łodzi w wyroku z dnia 29 lipca 2016 r. sygn. akt: III Ca 548/16.

Nadto wskazał, iż powołany przez wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2014 r. sygn. akt: KIO 523/14 był nieadekwatny i w niniejszej sprawie nie może przemawiać za objęciem tajemnicą przedsiębiorstwa „sposobu wykonania kalkulacji”. Jak wspomniano ww. wykonawca kwalifikuje zastrzeżony przez siebie element jako know-how, tymczasem powołany wyrok dotyczy zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa nie tylko samego sposobu kalkulacji, lecz również elementów kosztotwórczych – konkretnych wyrażonych w liczbach kosztów osobowych przedsiębiorstwa. Ponadto postępowanie dotyczyło usług doradczych, tj. przedmiotu zamówienia o innym charakterze niż usługi pośrednictwa w zakupie biletów lotniczych. Jak wynika z ww. wyroku Izby w przypadku tych pierwszych kluczową rolę odgrywają koszty osobowe, zaś w przypadku tych drugich kluczowe znaczenie mają stawki wynegocjowane przez wykonawcę z przewoźnikami lotniczymi.

Odnosząc się do zarzutu piątego Odwołujący wskazał, że z zupełnie nierynkowych, obiektywnie niemożliwych do zaoferowania średnich cen biletów lotniczych na poszczególnych kursach podanych w ofercie wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. wynika, że okoliczności wspomniane w wyjaśnieniach – koszt bagażu rejestrowanego, wszelkie dodatkowe opłaty, czas podróży od godziny wylotu do godziny przylotu do miejsca przeznaczenia, czas konieczny na przesiadkę i typowe opóźnienie lotu na danej trasie – nie zostały w tych cenach w rzeczywistości w ogóle uwzględnione. Wskazał, iż powyższe informacje były nieprawdziwe. Odwołujący podniósł, że wykonawca WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. nie poparł prawdziwości swoich twierdzeń jakimikolwiek dowodami, nie odwołał się w tym zakresie do jakichkolwiek – dostępnych powszechnie czy jemu na wyłączność – cenników przewoźników lotniczych czy podmiotów zarządzających lotniskami. W szczególności nie wskazał w ramach wyjaśnień jaki był koszt bagażu rejestrowanego, który uwzględnił w średniej cenie biletów lotniczych na poszczególnych kursach czy jakie dodatkowe opłaty uwzględnił w tym zakresie. Argumentował, że wobec braku podania w „sposobie wykonania kalkulacji” konkretnych danych (liczb) na jakich wykonawca oparł wyliczenie oferty – nie jest możliwe zweryfikowanie poprawności przyjętej przez wykonawcę metody ani uznanie ze 100% pewnością, że właśnie ta metoda została wykorzystana do wyliczenia średniej ceny biletów lotniczych w ofercie. Jeśli nawet w „sposobie wykonania

kalkulacji” wykonawca podał, że wszystkie przedmiotowe czynniki uwzględnił, nie oznacza to, że faktycznie miało to miejsce.

Powyższe, w opinii Odwołującego, przesądzało że w wyniku lekkomyślności wykonawca WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. podał w ramach wyjaśnień z dnia 4 stycznia 2018 r. informacje nieprawdziwe w celu wpłynięcia na decyzję Zamawiającego w postępowaniu.

Ostatni zarzut Odwołujący podniósł z daleko idącej ostrożności procesowej związanej z faktem, że Zamawiający jako podstawę prawną wezwania z dnia 2 stycznia 2018 r. wskazał art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz w treści wezwania użył nazwy „wyjaśnienia treści oferty”. Wskazał, że gdyby wyjaśnienia z dnia 4 stycznia 2018 r. uznać za wyjaśnienia treści oferty,

a nie wyjaśnienia w zakresie ceny (z czym Odwołujący się nie zgadza) – Zamawiającemu należałoby przypisać naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. do złożenia wyjaśnień w sprawie wyliczenia ceny, w sytuacji gdy wykonawca WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. zaoferował średnią cenę 10 biletów lotniczych na poziomie niższym ok. 53% od średniej arytmetycznej cen 10 biletów lotniczych wszystkich złożonych ofert.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 stycznia 2018 r. wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego specjalisty w zakresie połączeń lotniczych na okoliczność ustalenia, czy przedstawione przez uczestnika WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. średnie ceny biletów lotniczych są możliwe do uzyskania na rynku usług lotniczych;
3. orzeczenie o kosztach postępowania według norm przepisanych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, wezwał wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie zaś do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Zamawiający argumentował, że Odwołujący nie potrafi przedstawić dowodów, które wskazywałyby na zasadność stawianych zarzutów. Odwołujący dokonał określonych wyliczeń, pochodzących ze specjalnego systemu Sabre Global Distribution, przy czym od razu zastrzegł, że jest to system dostępny dla kasjerów lotniczych, do którego Odwołujący ma również dostęp. Tym samym nie jest to system dostępny dla innych podmiotów, w tym – dla Zamawiającego oraz organu orzekającego w sprawie. Dlatego też wszelkie wnioski

płynące z przedstawionych przez Odwołującego danych, pochodzących z tego systemu, nie są przekonujące, nie są obiektywne, są gołosłowne i nie są poparte żadnym dowodami, ani też danymi, które mogłyby być zweryfikowane przez podmioty, które nie posiadają dostępu do „specjalnego systemu”. Przy czym zważyć należy, że również w sytuacji, gdyby taki dostęp był powszechnie dostępny, to i tak należałoby porównać dane z tego systemu do danych pochodzących z innych systemów oraz dokonać wielu innych operacji (co przerasta możliwości Zamawiającego).

Wskazał, że Zamawiający nie posiada wiedzy specjalistycznej z zakresu połączeń lotniczych. Takiej wiedzy nie posiada również organ orzekający. Niemniej faktem niewymagającym dowodu, faktem znanym wszystkim uczestnikom obrotu prawnego jest to, że ceny biletów lotniczych podlegają tak różnorodnym czynnikom, iż w efekcie cena biletu na tej samej trasie może się diametralnie różnić. Dlatego Zamawiający uznał ostatecznie, że tak znaczna różnica średnich cen biletów nie jest niczym nadzwyczajnym.

Zamawiający argumentował, że ma prawo twierdzić, iż oświadczenia wykonawców, specjalizujących się w przedmiocie, który dla Zamawiającego nie jest dostępny, są zgodne z prawdą (oczywiście do momentu ich zakwestionowania przez innego wykonawcę, który również jest specjalistą).

Zamawiający nie zastrzegł, że wykonawcy wskazując średnią cenę biletów nie mogą korzystać z posiadanych specjalnych przywilejów i wypracowanej na rynku usług lotniczych pozycji. Przeciwnie – wykonawca, który radzi sobie na tym rynku lepiej niż inni jest właściwym kandydatem, z którym należy zawrzeć umowę, kierując się dobrze pojętym interesem gospodarczym. Nie należy bowiem zakładać, że wykonawca osiągnął pozycję na rynku

w sposób niezgodny z zasadami uczciwości. Odwołujący nie wykazał takiej okoliczności.

Zamawiający podkreślił, że oferta wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. odpowiadała wymaganiom SIWZ, a wykonawca został potraktowany w taki sam sposób, jak inni wykonawcy.

Zamawiający w żadnym postanowieniu SIWZ nie wyłączył możliwości odwoływania się przez wykonawców do posiadanych przez nich specjalistycznych ofert i taryf. Przy czym wiedzą powszechnie znaną (bo znajdującą odzwierciedlenie w znacznej amplitudzie cen biletów lotniczych na tych samych trasach) jest to, że w zależności od pozycji na rynku niektórym podmiotom przysługują określone przywileje, niektóre potrafią wywalczyć dla siebie uprzywilejowaną pozycję na rynku. Nie jest to praktyka sprzeczna z zasadami uczciwej konkurencji, tylko normalna praktyka uczestników obrotu gospodarczego. Odwołujący nie wykazał, by uczestnik osiągnął taką pozycję w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji. Zatem nie ma podstaw, by w toku procedury zamówienia publicznego dyskwalifikować uczestnika z tego powodu.

Biorąc zatem pod uwagę stan sprawy oraz tę okoliczność, że w istocie spór wiodą wykonawcy będący specjalistami w dziedzinie połączeń lotniczych, opierający swoje twierdzenia na danych pochodzących z systemów, do których inne podmioty nie mają dostępu, Zamawiający wniósł, by w sytuacji jeśli Izba nie podzieli przedstawionej przez Zamawiającego argumentacji o słuszności i trafności decyzji o wyborze oferty wykonawcy WhyNotTravel

Sp. z o.o. Sp. k., dopuszczono i przeprowadzono dowód z opinii biegłego lub eksperta z dziedziny połączeń lotniczych w celu ustalenia, czy średnie ceny biletów podane w toku postępowania przez ww. wykonawcę są możliwe do uzyskania na rynku.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. Zamawiający wskazał, że nie może ujawnić informacji przekazanych mu przez wykonawców i zastrzeżonych jako poufne. To wykonawca decyduje o tym, jakie informacje mają charakter poufny. Do Zamawiającego należy zweryfikowanie zasadności utajnienia zastrzeżonych informacji i w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wykonał ten obowiązek z należytą starannością. Mimo że nadanie określonym informacjom charakteru poufnego stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to ochrona informacji poufnych sama w sobie stanowi wartość chronioną prawem. W tym kontekście zatem przepisy dotyczące ochrony informacji poufnych są równorzędne z zasadą jawności prawa zamówień publicznych.

Zamawiający twierdził, że zbadał i rozważył treść zastrzeżonych informacji pod kątem uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa i nie miał żadnych wątpliwości, że metoda kalkulacji średniej ceny biletów stanowi dla wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. wartość handlową i zasadne jest dążenie ww. wykonawcy do nieujawniania przed konkurentami metody kalkulacji, która pozwala mu na osiągnięcie tak korzystnych wskaźników.

Zamawiający uznał, że o spełnieniu przesłanki formalnej, dotyczącej wykazania, iż przedsiębiorca podjął działania w celu zachowania poufności informacji, decyduje samo oświadczenie przedsiębiorcy. Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, iż wykonawca WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. winien przedstawić przykładowo zanonimizowane dokumenty (np. umowy o pracę), z których wynika, że podjął on kroki służące ochronie informacji, również dlatego że w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy zanonimizowane dokumenty mają taką samą wartość dowodową, jak samo oświadczenie wykonawcy.

Zamawiający wskazał również, że informacje zawarte w części jawnej wyjaśnień wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. zasługują na wiarę i mogą zostać uznane za wystarczające i przekonujące, ponieważ zawierają rzeczowe, stanowcze odpowiedzi na

zadane pytania. Zamawiający nie ma powodu zakładać, że wykonawca oświadcza nieprawdę. Tym bardziej, że w toku wykonania umowy okoliczności dotyczące cen biletów zostaną zweryfikowane. Wówczas nierzetelny wykonawca poniesie odpowiedzialność, za niezgodne z prawem działania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 22 stycznia 2018 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kielnarowej zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 25 stycznia 2018 r. po stronie Zamawiającego. Przystępujący złożył pismo procesowe z dnia 1 lutego 2018 r., w którym przedstawił uzasadnienie prawne i faktyczne swojego stanowiska.

Na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o powołanie biegłego z zakresu połączeń lotniczych na okoliczność ustalenia, czy przedstawione przez uczestnika WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. średnie ceny biletów lotniczych są możliwe do uzyskania na rynku usług lotniczych uznając, iż został on powołany jedynie dla zwłoki. Ponadto zgodnie z art. 190 ust. 4 ustawy Pzp, Izba może powołać biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych prowadzoną przez prezesa właściwego sądu okręgowego, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych.

W świetle powyższego wskazać należy, iż zadaniem Izby w toku postępowania odwoławczego jest ocena prawidłowości czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które Izba rozpoznaje w granicach

zarzutów odwołania. W przedmiotowej sprawie, skład orzekający doszedł do przekonania, iż istota sporu zawisłego przed Izbą sprowadzała się do wykładni treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oceny wyjaśnień Przystępującego z dnia 4 stycznia 2018 r. złożonych na wezwanie Zamawiającego z dnia 2 stycznia 2018 r., a w konsekwencji uznania przez Zamawiającego, że oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu.

Wobec powyższego nie sposób uznać, że ustalenie ww. okoliczności przez Izbę wymagało wiedzy specjalistycznej, bowiem ocena ww. czynności Zamawiającego możliwa była na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia była rezerwacja, sprzedaż i sukcesywna dostawa biletów podróży do wskazanych miejscowości, w terminach uzgodnionych z Zamawiającym, zgodnie z warunkami zawartymi w SIWZ.

W punkcie 6 opisu przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ Zamawiający wskazał, iż wykonawca zapewni rezerwację połączeń i sprzedaż biletów podróży z uwzględnieniem: 1) warunków podróży określonych przez Zamawiającego, na podstawie zapotrzebowania Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych oraz Centrum Koordynacyjnego Sztabu Generalnego WP, 2) bezkolizyjnej relacji połączeń wieloetapowych, minimalnej ilości przesiadek i najkrótszych połączeń na danej trasie, 3) w propozycjach uwzględniać realny czas na przesiadki, odprawy, uwzględniając specyfikę danego lotniska, 4) najniższych z dostępnych taryf publikowanych i stawek negocjowanych oraz stawek promocyjnych, w klasach wymaganych przez Zamawiającego, 5) wykonawca zobowiązany jest wybierać bilety podróży kierując się zasadą najniższej ceny biletów na te połączenia, dostępne w danym wariantcie czasowym, na danej trasie z zachowaniem uczciwości handlowej. W punkcie 14 ww. załącznika, Zamawiający wskazał, iż wykonawca zobowiązany jest o powiadomieniu Zamawiającego o braku możliwości wykupienia bagażu lub o dokonaniu innych niezbędnych opłat indywidualnie przez wyjeżdżających jeszcze przed wykupieniem biletu. Nadto wykonawca zobowiązany był do regulowania należności z tytułu zapewnienia biletów podróży oraz z tytułu wszelkich kosztów związanych z przewozem, w tym z tytułu opłat lotniskowych, ze środków własnych (pkt 20 załącznika nr 1 do SIWZ). Z kolei w punkcie 24 załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający postanowił, że wykonawca, w transporcie lotniczym, zobowiązuje się nie korzystać z przewozów tanich linii lotniczych chyba, że jest to na wyraźne polecenie Zamawiającego i za zgodą wyjeżdżającego.

Zgodnie z częścią XIV SIWZ, kryteriami oceny ofert w postępowaniu były: 1) cena opłaty transakcyjnej o wadze 60%, 2) zapewnienie utrzymania stałej ceny rezerwacji biletu lotniczego o wadze 30% oraz 3) średnia cena biletów lotniczych o wadze 10%. W opisie kryterium nr 3 Zamawiający wskazał, że ocenie podlega średnia cena biletów na trasach podanych w załączniku nr 10 do SIWZ oraz że ww. kryterium będzie rozpatrywane na podstawie informacji podanej przez wykonawcę w oparciu o wypełniony i dołączony do oferty Formularz cenowy (zał. nr 10 do SIWZ).

W dniu 20 grudnia 2017 r. Zamawiający udzielił wyjaśnień treści SIWZ, w których wskazał dodatkowe informacje dotyczące kryterium średniej ceny 10 biletów lotniczych, które należało uwzględnić przy proponowaniu średniej ceny biletów, tj.: 1) cena obejmuje bagaż rejestrowany, 2) cena brutto uwzględniająca wszystkie dodatkowe opłaty (jeśli przewoźnik takie wyznaczy), 3) czas podróży od godziny wylotu/wyjazdu do godziny przylotu/przyjazdu do miejsca przeznaczenia, 4) należy przedstawić ceny biletów najkorzystniejszych dla pasażera pod względem ceny i czasu trwania podróży oraz 5) dopuszczalna jest jedna przesiadka biorąc pod uwagę, jak najkrótszy czas oczekiwania lecz wystarczający na dokonanie wszelkich formalności na lotnisku.

Powyższe wymogi Zamawiającego (pkt 1 – 5) znalazły również odzwierciedlenie w treści zmodyfikowanego załącznika nr 10 do SIWZ, w którym wykonawcy obowiązani byli wskazać szacunkową średnią cenę jednego biletu lotniczego na 10 trasach.

Nadto w § 3 pkt 3 wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) Zamawiający postanowił, że całkowitym wynagrodzeniem wykonawcy za każdy wydany Zamawiającemu bilet jest opłata transakcyjna w stałej wysokości (ryczałt) brutto, zgodnie z ofertą przetargową, stanowiącą załącznik nr 1 do niniejszej umowy, która obejmuje w szczególności: koszt rezerwacji, dostawy i wystawienia biletu oraz inne czynniki cenotwórcze (nie wlicza się kosztu biletu wynikającego z taryfy przewoźnika).

Z kolei w pkt 4 § 3 wzoru umowy Zamawiający postanowił, że wynagrodzenie wskazane w ust. 3 oraz cena biletu według taryfy przewoźnika pomniejszona o upust wskazany w ust. 4, jest całkowitym kosztem wykonania zamówienia. Całkowity koszt wykonania zamówienia uwzględnia, w szczególności: koszty rezerwacji i sprzedaży biletu, dostarczenia biletu oraz innych niezbędnych dokumentów, przypominania o zbliżających się terminach wykupu biletów, pomocy wyboru wariantów połączenia, zorganizowania i zabezpieczenia kompleksowej realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami lokalnymi, w tym krajów docelowych (dot. wszelkiego rodzaju opłat – np. lotniskowych, podatków) oraz zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Pismem z dnia 2 stycznia 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do wyjaśnienia treści oferty w zakresie dotyczącym elementów mających wpływ na wysokość średniej ceny 10 biletów lotniczych oraz o

przedłożenie kalkulacji potwierdzającej prawidłowość jej wyliczenia w związku z tym, iż wartość średniej ceny 10 biletów lotniczych Przystępującego wynosząca 5440 zł była znacząco niższa od średniej arytmetycznej cen 10 biletów lotniczych wszystkich złożonych w postępowaniu ofert (ok. 53%), która wynosiła brutto 11 586,51 zł. Ponadto Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, czy całkowita wartość średniej ceny 10 biletów lotniczych zawierała wszystkie koszty związane z realizacją usługi, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ i w załączniku nr 10 do SIWZ, w tym czy ceny obejmowały elementy wskazane w ww. punktach 1 – 5 wprowadzonych modyfikacją z dnia 20 grudnia 2017 r. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że

w wyjaśnieniach należy podać obiektywne czynniki uzasadniające rzetelną kalkulację średniej ceny 10 biletów lotniczych oraz przedstawić sposób w jaki dokonano szacunkowego wyliczenia cen biletów na wyznaczonych trasach. Zamawiający wymagał, by powyższe elementy zostały zawarte w przedstawionej kalkulacji.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Przystępujący pismem z dnia 4 stycznia 2018 r. wyjaśnił, że średnie ceny 10 biletów lotniczych zostały wyliczone rzetelnie i należycie oraz obejmowały bagaż rejestrowany, uwzględniały wszelkie dodatkowe opłaty, obejmowały czas podróży od godziny wylotu do godziny przylotu do miejsca przeznaczenia i uwzględniały czas konieczny na przesiadkę i typowe opóźnienie lotu na danej trasie. Przystępujący wskazał, że Zamawiający nie przewidział w SIWZ potrzeby przedstawienia kalkulacji cen biletów wziętych pod uwagę przy przygotowaniu, stąd wykonawca nie dysponuje na dzień dzisiejszy kalkulacją przelotów wziętych pod uwagę do wyceny połączeń na potrzeby złożonej oferty. Wykonawca po konsultacji z Zamawiającym odczytał wezwanie wystosowane przez Zamawiającego jako zmierzające do poznania metody wyceny przelotów, która umożliwiła podanie znacząco niższych cen niż konkurencja. Wykonawca WhyNotTravel

Sp. z o.o. Sp. k. wskazał, że literalnie stosował się do zapisów SIWZ przygotowanych przez Zamawiającego oraz wziął pod uwagę również zapis nr 5 z wyjaśnień z dnia 20 grudnia 2017 r., iż dopuszczalna jest jedna przesiadka biorąc pod uwagę, jak najkrótszy czas oczekiwania lecz wystarczający na dokonanie wszelkich formalności na lotnisku. Nadto wskazał, że uwzględnił również fakt, iż Zamawiający w ww. wyjaśnieniach nie doprecyzował pozostałych elementów wyceny, pozostawiając je swobodnej decyzji wykonawcy.

Założenia oraz sposób wykonania wyceny oferty Przystępujący objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

Za najkorzystniejszą w ww. postępowaniu Zamawiający uznał ofertę wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k., która otrzymała maksymalną liczbę punktów we wszystkich

kryteriach oceny ofert. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert z punktacją 94,44. Ww. wykonawcy otrzymali taką samą punktację w kryterium nr 1 i 2.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ, zdaniem Izby, zasługiwał na uwzględnienie.

Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z ugruntowanym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, interpretacja ww. przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania,

w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 50/17).

Na wstępie warto dostrzec cel wezwania Zamawiającego z dnia 2 stycznia 2018 r. wystosowanego do Przystępującego, którym było wyjaśnienie treści oferty Przystępującego w zakresie ustalenia, czy całkowita wartość średniej ceny 10 biletów lotniczych zawierała wszystkie koszty związane z realizacją usługi, zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz załącznika nr 10 do SIWZ w kontekście znaczącej różnicy cen biletów oferowanych przez Przystępującego i pozostałych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie.

Izba uznała, iż wyjaśnienia treści oferty z dnia 4 stycznia 2018 r. złożone przez Przystępującego nie rozwiewały wątpliwości co do uwzględnienia przez wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. w cenach biletów lotniczych na poszczególnych trasach określonych w załączniku nr 10 do SIWZ warunków realizacji niniejszego zamówienia przyjętych przez Zamawiającego w specyfikacji, w tym w zakresie wynikającym z ww. załącznika określonym w punktach 1 - 5. Złożone przez Przystępującego wyjaśnienia w ww. zakresie cechowały się dużym stopniem ogólności, przez co w konsekwencji nie dawały wystarczającej wiedzy dotyczącej uwzględnienia w cenach biletów lotniczych istotnych warunków realizacji zamówienia wymaganych przez Zamawiającego.

Podkreślić należy, iż Przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 4 stycznia 2018 r. nie przedstawił kalkulacji średniej ceny 10 biletów lotniczych, jak również sposobu ich wyliczenia na poszczególnych trasach z uwzględnieniem wymogów wymienionych przez

Zamawiającego w punktach 1 – 5 załącznika nr 10 do SIWZ, poprzestając jedynie na swoim oświadczeniu, mimo wyraźnego polecenia Zamawiającego w treści wezwania. Co więcej, Przystępujący

w złożonych wyjaśnieniach wprost przyznał, że nie dysponował na dzień ich składania kalkulacją przelotów wziętych pod uwagę do wyceny połączeń na potrzeby złożonej oferty, co też w ocenie Izby, czyni mało wiarygodnym jego oświadczenie odnośnie uwzględnienia w średnich cenach biletów lotniczych podanych w załączniku nr 10 do SIWZ kosztów bagażu rejestrowanego, wszelkich dodatkowych opłat, czasu podróży od godziny wylotu do godziny przylotu do miejsca zamieszkania, czasu koniecznego na przesiadkę i typowe opóźnienia lotu na danej trasie oraz jednej przesiadki biorąc pod uwagę najkrótszy czas oczekiwania lecz wystarczający na dokonanie wszelkich formalności na lotnisku. Powyższe również poddało

w wątpliwość złożone przez Przystępującego zapewnienia w wyjaśnieniach z dnia 4 stycznia 2018 r., jakoby „średnie ceny 10 biletów lotniczych zostały wyliczone rzetelnie i należycie (...)”. Nie sposób również nie zauważyć, iż Przystępujący nie podjął nawet próby wyjaśnienia Zamawiającemu, jakie dodatkowe opłaty zostały ujęte w cenach biletów lotniczych na poszczególnych trasach, jaki był ich koszt, jakie koszty bagażu rejestrowanego zostały wzięte pod uwagę, czy też jaki przyjęto czas na załatwienie formalności na lotnisku.

Zauważyć również trzeba, iż Przystępujący nie udzielił odpowiedzi na pytanie Zamawiającego, czy uwzględnione przez niego w kalkulacji ceny biletów są cenami biletów najkorzystniejszych dla pasażera pod względem ceny i czasu trwania podróży. Zaniechanie Przystępującego w ww. zakresie należy uznać za szczególnie istotne w świetle postawionego przez Zamawiającego w pkt 24 opisu przedmiotu zamówienia zakazu korzystania

w transporcie lotniczym z przewozów tanich linii lotniczych. Wskazać bowiem należy, iż samoloty przewoźników niskokosztowych lądują na lotniskach odległych od centrum miast niejednokrotnie o kilkadziesiąt kilometrów, co znacząco przekłada się zarówno na czas i koszty trwania podróży, na co zwracał uwagę Odwołujący.

W kontekście nieudzielenia odpowiedzi na postawione przez Zamawiającego pytanie nie można pominąć oświadczenia złożonego przez Przystępującego na rozprawie, które Izba uznała za szczególnie istotne dla rozpoznania niniejszej sprawy, który stwierdził, że „nie może wykluczyć, że średnie ceny biletów na liniach wskazanych przez Zamawiającego zostały skalkulowane w oparciu o ceny tanich linii lotniczych”, które przecież co do zasady nie zostały dopuszczone przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie z art. 65 §1 Kc, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało,

zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Skoro zatem w postanowieniach treści SIWZ, stanowiących merytoryczne oświadczenie woli Zamawiającego, co do oczekiwanego przedmiotu świadczenia, Zamawiający sformułował wyraźny wymóg, iż co do zasady niedopuszczalnym było korzystanie z usług tanich linii lotniczych, to Przystępujący nie powinien był przy kalkulacji cen biletów uwzględniać przewoźników niskokosztowych.

Nadto po przeprowadzeniu analizy szacunkowych, średnich cen jednego biletu lotniczego podanych przez Przystępującego w treści załącznika nr 10 do SIWZ Izba nie dała wiary zapewnieniom Przystępującego co do uwzględnienia w cenach biletów lotniczych wymogów Zamawiającego określonych w SIWZ, w tym w załączniku nr 10. Izba uznała za wiarygodne dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie w postaci wydruków z systemu Sabre Global Distribution, które potwierdzały, że sama wysokość opłat lotniskowych na połączeniach wymaganych przez Zamawiającego jest wielokrotnie wyższa niż ceny całkowite biletów, które zaoferował Przystępujący w formularzu cenowym. Dla przykładu warto wskazać chociażby połączenie na linii Warszawa – Bruksela – Warszawa, gdzie zgodnie z informacjami z ww. systemu wynika, że wysokość opłat (podatków) wynosi 221,94 zł, zaś podana przez Przystępującego cena biletu uwzględniająca wszystkie postawione przez Zamawiającego wymogi (w tym wszelkie opłaty, jak i koszty bagażu rejestrowanego) to 77 zł wraz z bagażem rejestrowanym. Jaskrawym przykładem jest cena za połączenie na linii Warszawa – Paryż – Warszawa, dla którego Przystępujący podał kwotę biletu z bagażem rejestrowanym

w wysokości 18 zł, gdy tymczasem z dowodów złożonych przez Odwołującego wynika, że koszt samych opłat (podatków) wynosi dla ww. połączenia 309,81 zł, czy też cena połączenia na linii Warszawa – Waszyngton – Warszawa, dla którego Przystępujący podał cenę biletu z bagażem rejestrowanym w wysokości 1470 zł, gdy koszt samych opłat (podatków), na podstawie danych z systemu Sabre, wynosi 1524,81 zł.

Zauważyć również należy, iż w cenach biletów podawanych przez wykonawców winny zostać zawarte także koszty bagażu rejestrowanego, które jak wskazywał na rozprawie Odwołujący stanowią koszt minimum 100 zł. W ocenie Izby zasady doświadczenia życiowego, nie pozwalają dać wiary zapewnieniom Przystępującego, iż w cenach biletów lotniczych przez niego podanych na trasach: Warszawa – Bruksela – Warszawa (77 zł), Warszawa – Oslo – Warszawa (39 zł), Warszawa – Paryż – Warszawa (18 zł), Warszawa – Neapol – Warszawa (117 zł) oraz Warszawa – Tel Aviv – Warszawa (89 zł) zostały uwzględnione koszty bagażu rejestrowanego ponoszone w dwie strony podróży. Podkreślić należy, iż Przystępujący miał możliwość wykazania w złożonych wyjaśnieniach z dnia 4 stycznia 2018 r., jakie wysokości kosztów bagażu rejestrowanego, jak również innych

dotychczasowych opłat uwzględnił w cenach biletów lotniczych, czego jak wskazano powyżej, zaniechał.

W końcu wskazać również należy, iż utajniona przez Przystępującego część wyjaśnień z dnia 4 stycznia 2018 r. nie rozwiewała w dostateczny sposób wątpliwości Zamawiającego wyartykułowanych w treści wezwania z dnia 2 stycznia 2018 r.

Podsumowując należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ w świetle powyższych okoliczności.

Za uzasadniony w okolicznościach niniejszej sprawy, szczegółowo opisanych podczas rozpoznawania zarzutu dotyczącego niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ, Izba uznała również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji

w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 znku, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Do odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji nie jest potrzebna ani wina osoby, która go popełnia, ani nawet świadomość, że jej zachowanie może być oceniane przez pryzmat naruszenia norm znku. Dla ustalenia bezprawności działania wystarczy ustalenie, że określone zachowanie koliduje z przepisami prawa. Brak cech bezprawności winien, w myśl art. 6 kodeksu cywilnego (ciężar dowodu), wykazać pozwany (wyrok Sądu Apelacyjnego

w Poznaniu z 24 czerwca 1992 r., sygn. akt: I ACR 204/92). Tym samym czynem nieuczciwej konkurencji będzie każde działanie, które spełnia ww. przesłanki. Zauważyć należy, iż ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie zawiera zamkniętego katalogu czynów nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby oferta Przystępującego spełniała przesłanki, aby jej złożenie uznać za czyn nieuczciwej konkurencji. Przyjęcie bowiem przez Przystępującego do kalkulacji cen poszczególnych biletów innych założeń niż wynikające z SIWZ, jak chociażby usług tanich linii lotniczych, których uwzględnienia Przystępujący nie wykluczył, jak również nieuwzględnienie w ofercie stawianych przez Zamawiającego wymogów dotyczących m.in. obowiązku ujęcia kosztów za bagaż rejestrowany oraz wszelkich innych dodatkowych opłat, miało bezpośrednie przełożenie na obniżenie cen biletów, badanych przez Zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert, które mimo najmniejszej wagi, w stanie faktycznym rozpoznawanym przez Izbę, okazało się decydującym o wyborze oferty najkorzystniejszej. Powyższe działanie Przystępującego, zdaniem Izby, miało na celu utrudnienie innym

wykonawcom dostępu do zamówienia, naruszając tym samym ich interes wyrażający się w utracie szansy na uzyskanie zamówienia w warunkach uczciwej konkurencji. Bezprawne działania Przystępującego mające na celu doprowadzenie do korzystnego dla wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. bilansu kryteriów oceny ofert naruszały również dobre obyczaje kupieckie.

Konkludując należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, której złożenie, w świetle ww. okoliczności, stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Skład orzekający doszedł do przekonania, iż wyżej opisane działanie wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. można zakwalifikować także na gruncie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Zgodnie z ww. przepisem, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wskazać należy, iż powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania znajdzie zastosowanie, jeżeli wykonawcy będzie można przypisać winę nieumyślną, która może przybrać formę lekkomyślności lub niedbalstwa w zależności od stanu jego świadomości. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, iż Przystępujący, będący profesjonalistą w swojej branży, musiał bowiem podczas przygotowywania oferty zdawać sobie sprawę z tego, iż przyjęcie do kalkulacji ceny biletów lotniczych na poszczególnych trasach odmiennych założeń niż wynikające z SIWZ, będzie miało realny wpływ na ich cenę, która badana była przez Zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert i mogła być przesądzić o wyborze oferty najkorzystniejszej, co też w okolicznościach niniejszej sprawy miało miejsce, bowiem oferta Przystępującego otrzymała maksymalną liczbę punktów w ramach kryterium średniej ceny 10 biletów lotniczych.

Wskazać również należy, iż jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający podjął decyzję o wyborze oferty Przystępującego w oparciu o złożone przez wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. wyjaśnienia treści oferty z dnia 4 stycznia 2018 r. uznając je za prawdziwe i wiarygodne. W ocenie Izby, w okolicznościach danego przypadku, znajdujących potwierdzenie w niniejszej sprawie, możliwym jest aby działanie wykonawcy

srowadzające się do udzielenia ogólnych, lakonicznych i niedających odpowiedzi na pytania Zamawiającego, wyjaśnień treści oferty zostało zakwalifikowane w kategorii winy nieumyślnej. Podkreślić należy, iż wykonawca uczciwie konkurujący w postępowaniu powinien przede wszystkim udzielić wyczerpujących wyjaśnień w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w treści wezwania, a nie poprzestawać na ogólnych zapewnieniach i deklaracjach licząc na to, że zaspokoją one oczekiwania Zamawiającego, doprowadzając w konsekwencji do wyboru jego oferty.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż zrealizowana została wynikająca z ww. przepisu przesłanka istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie w związku ze stwierdzeniem przez Izbę, iż Przystępujący świadomie złożył ofertę stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji, za zasadny tym bardziej należało uznać ww. zarzut zgodnie z argumentacją *a maiori ad minus*, skoro ww. zarzuty oparte zostały na tożsamyh okolicznościach faktycznych.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. jako tajemnica przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach z dnia 4 stycznia 2018 r., zdaniem Izby, zasługiwał na uwzględnienie.

Izba uznała, iż zaniechanie Zamawiającego polegające na nieodtajnieniu zastrzeżonej części wyjaśnień Przystępującego z dnia 4 stycznia 2018 r., uniemożliwiło Odwołującemu ich ocenę i skorzystanie ze środków ochrony prawnej w zakresie bezpodstawnie zastrzeżonych informacji.

Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 ustawy Pzp). Ww. zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 ww. przepisu, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, określa również moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji zawartych w ofercie, wskazując, iż powinno to nastąpić najpóźniej do upływu terminu składania ofert. W odniesieniu do dokumentów przedstawianych na późniejszych etapach postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nich informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu. Podkreślić należy, iż *ratio legis* ww. przepisu, który uprawnia wykonawców do zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa z jednej strony, ale z drugiej nakłada obowiązek w postaci wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia, było ograniczenie nadużywania przez wykonawców ww. instytucji w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów spełniania wymagań postawionych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wynika z przywołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się *de facto* do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 znku i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Przystępujący w wyjaśnieniach treści oferty z dnia 4 stycznia 2018 r. wykazując skuteczność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa ograniczył się do następującego oświadczenia: *„know – how wykonawcy ujawniony poprzez wskazanie metody kalkulacji średniej ceny przelotów, stanowi dla wykonawcy informację posiadającą znaczną wartość gospodarczą. Jednocześnie, wykonawca informuje, że podjął wszelkie niezbędne działania zmierzające do zachowania poufności informacji w tym zakresie, stosując m.in. rygorystyczną politykę bezpieczeństwa informacji poprzez np. zawieranie odpowiednich postanowień w regulaminie pracy, umowach o pracę czy umowach o zakazie konkurencji.”* Powyższe w opinii Przystępującego świadczyło o spełnieniu przesłanek

określonych w art. 11 ust. 4 znku definiujących tajemnicę przedsiębiorstwa i potwierdzało zasadność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, Przystępujący nie sprostął ciężarowi wykazania przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 uznk. Co więcej, w ocenie Izby, treść ww. oświadczenia Przystępującego wskazuje, że nie podjął on nawet próby skutecznego wykazania, że zastrzeżone przez niego w piśmie z dnia 4 stycznia 2018 r. informacje stanowią

w istocie tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem poprzestał jedynie na ogólnej, lakonicznej deklaracji, iż posiadane przez niego know – how w zakresie metody wykonania kalkulacji ma dla Przystępującego znaczną wartość gospodarczą oraz że podjął wszelkie niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji w tym zakresie. Powyższego oświadczenia Przystępującego, w ocenie Izby, w żadnej mierze nie można uznać za wystarczające dla skutecznego uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, z uwagi na brak szerszego wywodu merytorycznego.

Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. W rozpatrywanej sprawie Przystępujący w żaden sposób nie opisał i nie wykazał Zamawiającemu, w czym należy upatrywać wartości gospodarczej tego, że zastrzegane informacje pozostaną poufne. Przystępujący poprzestał jedynie na wskazaniu, że jego wiedza (know – how) wykorzystana do metody kalkulacji średniej ceny przelotów, stanowi znaczną wartość gospodarczą.

Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał również jakie niezbędne działania zostały podjęte przez wykonawcę celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Z powyższego przepisu wynika, że niewystracające jest podjęcie jakichkolwiek działań, lecz działań niezbędnych, a zatem działań skutecznych, gwarantujących poufność zastrzeganych informacji. Przystępujący wykazując ww. przesłankę tajemnicy przedsiębiorstwa ograniczył się jedynie do podania kilku przykładów stosowanej przez niego rygorystycznej polityki bezpieczeństwa informacji polegającej na zawieraniu odpowiednich postanowień w regulaminie pracy, umowach o pracę czy umowach o zakazie konkurencji. Przystępujący nie podał nawet brzmienia stosowanych klauzul umownych, czy też postanowień obowiązujących u niego regulaminów dotyczących zachowania poufności informacji. Tym samym nie sposób uznać, że Przystępujący opisał i wykazał metody oraz podejmowane przez niego środki w celu zachowania określonych informacji jako poufnych. Powyższe

zaniechania Przystępującego uniemożliwiły ustalenie, czy procedury stosowane przez Przystępującego są skuteczne i rzeczywiście mogły być one uznane za działania wystarczające do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Przystępujący nie wykazał Zamawiającemu istnienia ustawowych przesłanek zastrzeżenia części wyjaśnień z dnia 4 stycznia 2018 r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a Zamawiający naruszył przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia pełnej treści ww. wyjaśnień.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k., pomimo że ww. wykonawca nie wykazał, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, bowiem w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez Zamawiającego złożył ogólne, lakoniczne wyjaśnienia w sprawie wyliczenia ceny, niepoparte żadnym dowodami, w ocenie Izby, nie zasługiwał na uwzględnienie.

Na wstępie wskazać należy, że Izba nie podzieliła argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego, jak i Przystępującego, jakoby kryterium dotyczące średniej ceny 10 biletów lotniczych było kryterium jakościowym służącym ocenie sprawności kadry wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne. Zdaniem Izby powyższe kryterium niewątpliwie było kryterium cenowym, co potwierdza opis sposobu oceny ww. kryterium zawarty w części XIV SIWZ, w którym Zamawiający wprost wskazał, że ocenie w ramach ww. kryterium podlegać będzie średnia cena biletów na trasach podanych w załączniku nr 10 do SIWZ.

W rozpoznawanej przez Izbę sprawie, dla oceny podniesionego przez Odwołującego ww. zarzutu, za kluczową należy uznać okoliczność, iż szacunkowe średnie ceny biletów na poszczególnych trasach, których podania w załączniku nr 10 do SIWZ wymagał Zamawiający nie miały przełożenia na cenę oferowaną przez wykonawców za wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Innymi słowy Zamawiający w treści specyfikacji, w szczególności w postanowieniach dotyczących opisu sposobu obliczenia ceny oferty, nie powiazał wskazywanych przez wykonawców w ww. załączniku szacunkowych, średnich cen za bilety lotnicze z ceną oferty. Zamawiający żądał podania cen biletów lotniczych w ww. załączniku, po to aby dokonać oceny ofert w ramach ww. kryterium, wskazując przy tym jednocześnie w SIWZ, iż wykonawca zobowiązany jest do regulowania należności z tytułu zapewnienia biletów podróży ze środków własnych (pkt 20 OPZ) oraz że całkowitym wynagrodzeniem wykonawcy za każdy wydany Zamawiającemu bilet jest opłata transakcyjna w stałej wysokości (ryczałt) brutto, zgodnie z ofertą przetargową (...), która nie obejmowała kosztu biletu wynikającego z taryfy przewoźnika (§ 3 pkt 3 wzoru umowy). Nadto na rozprawie przed

Izba, Zamawiający oświadczył, że ceną oferty, w świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym wzoru umowy, była opłata transakcyjna, a nie ceny biletów lotniczych.

Dostrzec należy również specyfikę przedmiotowego zamówienia publicznego w kontekście sposobu obliczania ceny oferty. Zauważyć bowiem trzeba, że budowanie ceny oferty w postępowaniach, których przedmiotem jest rezerwacja, sprzedaż i sukcesywne dostawy biletów podróży, także na podstawie cen biletów, których wysokość determinowana jest szeregiem czynników skutkujących ich częstymi zmianami, byłoby działaniem nieracjonalnym. Warto również podkreślić, iż nie było sporne między Stronami, że podczas realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, ceny za bilety lotnicze na poszczególnych trasach będą mogły się różnić od tych podanych w treści załącznika nr 10 do SIWZ.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei stosownie do treści art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie sposób uznać oferty wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. za zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zważywszy na fakt, iż analiza treści SIWZ prowadzi do wniosku, że średnia cena 10 biletów lotniczych wskazywana w załączniku nr 10 do SIWZ nie stanowiła, wbrew twierdzeniom Odwołującego, części składowej ceny oferty.

W konsekwencji powyższego za niezasadny Izba uznała również, podniesiony przez Odwołującego z ostrożności procesowej, zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku uznania, że wezwanie z dnia 2 stycznia 2018 r. skierowane do Przystępującego było wezwaniem w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a nie w celu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Skoro, jak wskazano powyżej, ceny biletów lotniczych podawane przez wykonawców w załączniku nr 10 do SIWZ nie budowały ceny oferty, a zatem nie obejmowały podstawowego kosztu związanego ze świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia nie sposób uznać, iż Zamawiający obowiązany był wezwać Przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w ww. zakresie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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 z późn. zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 18 600 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....