Sygn. akt: KIO 135/19

WYROK
z dnia 12 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Jan Kuzawiński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2019 r. przez wykonawcę **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k., Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Telewizja Polska S.A., ul. J.P. Woronicza 17, 00-999 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy **eTravel S.A., Al. Jerozolimskie 142B, 02-305 Warszawa,**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1, 3 i 4, tj. zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1, art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy eTravel S.A., Al. Jerozolimskie 142B, 02-305 Warszawa na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **- Telewizja Polska S.A., ul. J.P. Woronicza 17, 00-999 Warszawa** i:

   3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k., Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn,** tytułem wpisu od odwołania;

   3.2 zasądza od Zamawiającego - **Telewizja Polska S.A., ul. J.P. Woronicza 17, 00-999 Warszawa** na rzecz Odwołującego - **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k., Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2018 poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 135/19

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Telewizja Polska S.A., ul. J.P. Woronicza 17, 00-999 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Obsługa podróży służbowych zlecanych przez Telewizję Polską S.A. w okresie 24 miesięcy".* Wartość postępowania przenosi kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3.07.2017 r. pod numerem 2017/S 125-285197, a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

W dniu 15 stycznia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k., Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn (dalej również jako Odwołujący) o wyborze najkorzystniejszej w postępowaniu.

Od tej czynności, w dniu 25.01.2019 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji w związku z ponownym wezwaniem eTravel S.A. Al. Jerozolimskie 142B, 02-305 Warszawa (dalej jako eTravel) do wyjaśnienia

rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy eTravel nie złożyło pełnych wyjaśnień na pierwsze wezwanie,

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty eTravel pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,

3. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy eTravel, mimo że nie wykazał on, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.

4. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. poprzez dwukrotne wezwanie eTravel do wyjaśnień nakazanych wyrokiem KIO w sprawie 2164/18, mimo że treść wezwania, jak i jego zakres był pełny i również zakreślony ww. wyrokiem KIO, którego treść była znana eTravel,
a zatem brak było podstaw do dokonywania czynności ponownego wezwania i pierwsze wyjaśnienia winny stanowić podstawę do zastosowania art. 90 ust. 3 ustawy Pzp,

5. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk) poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień eTravel, zarówno złożonych na wezwanie pierwsze, jak i drugie, a także części treści drugiego wezwania zamawiającego z 18 grudnia, podczas gdy nie treść wyjaśnień nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, a eTravel nie wyjaśnił, dlaczego zastrzega również treść wyjaśnień, poza zastrzeżeniem załączników - dowodów do wyjaśnień, a co więcej, brak było podstawy prawnej, aby Zamawiający uznał za część niejawną/zastrzeżoną treść swego wezwania oraz nie przedstawiono ani nie powołano się na odpowiednie dowody w zakresie wszystkich przedstawionych umów stanowiących załącznik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny,

6. art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty eTravel pomimo niezabezpieczenia wadium całego okresu związania ofertą,

7. art. 192 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 185 ust. 6 ustawy Pzp a contrario poprzez nieprawidłową realizację przez Zamawiającego wyroku KIO z 9 listopada 2018 r. w sprawie KIO 2164/18, ograniczające się jedynie do formalnego jego wykonania, mimo dwukrotnego wezwania, bez dokonania prawidłowej oceny wyjaśnień eTravel w kontekście ponownej czynności badania
i oceny ofert,

8. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 uznk. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty eTravel, której złożenie, w świetle przedstawionych wyjaśnień
w zakresie rażąco niskiej ceny stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na manipulowaniu cenami oraz utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku, wyrażający się w oferowaniu stawki 0,00 zł tytułem opłaty transakcyjnej.

9. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ze względu na fakt nieujęcia wszystkich składników ceny lub kosztu w ofercie eTravel, co jasno wynika z wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę eTravel w postępowaniu.

W oparciu o powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- odrzucenia oferty eTravel;

- odtajnienia dokumentów eTravel oraz wezwania do wyjaśnień w terminie 1 dnia od wydania orzeczenia KIO;

- dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert bez uwzględniania oferty eTravel.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

Odwołujący informuje, że Zamawiający czynnością z dnia 22.10.2018 r. wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy e-Travel S.A. z siedzibą w Warszawie. Wybór ten został unieważniony i wykonawca eTravel wezwany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny na skutek orzeczenia KIO z 9.11.2018 r. sygn. akt KIO 2164/18. Wezwanie to zostało skierowane do eTravel 6.12.2018 r. Wykonawca eTravel złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny 12.12.2018 r. Wyjaśnienia te zostały uznane przez Zamawiającego za niewystarczające, gdyż zgodnie
z treścią kolejnego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 18.12.2018 r. nie pozwalały Zamawiającemu na *„przeprowadzenie własnych obliczeń i analiz związanych
z oferowanymi przez eTrayel opłatami transakcyjnymi".* W dniu 3.01.2018 r. wykonawca eTravel złożył kolejne wyjaśnienia.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty eTravel pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt.

Odwołujący wskazuje, że wykonawca w formularzu ofertowym w tabeli dotyczącej podał opłaty transakcyjne, które są

rażąco niskie i jako takie nie umożliwiają realizacji zamówienia z należytą starannością. Zdaniem Odwołującego, za rażąco niskie należy uznać ceny wszystkie następujące ceny (opłaty transakcyjne):

- O_1- za rezerwację hotelową na terenie kraju dla jednej osoby przy rezerwacji od 1 - 9 osób - 0,00 zł,
- O_2 - za rezerwację hotelową na terenie kraju dla jednej osoby przy rezerwacji powyżej 9 osób - 0,00 zł,
- O_3 - za rezerwację hotelową poza granicami kraju dla jednej osoby przy rezerwacji od 1 - 9 osób - 0,00 zł,
- O_4 - za rezerwację hotelową poza granicami kraju dla jednej osoby przy rezerwacji powyżej 9 osób - 0,00 zł,
- O_5 - za wystawienie biletu kolejowego na połączenie krajowe dla jednej osoby - 8,00 zł,
- O_6 - za wystawienie biletu kolejowego na połączenie międzynarodowe dla jednej osoby - 8,00 zł,
- O_7 - za pośrednictwo w wynajmie samochodu z kierowcą lub bez poza granicami kraju - 8,00 zł,
- O_8- za wystawienie biletu autobusowego na połączenia krajowe i międzynarodowe dla jednej osoby - 8,00 zł,
- O_9 - za wystawienie biletu na prom na połączenia krajowe i międzynarodowe dla jednej osoby - 5,00 zł,
- O_{10} - za pośrednictwo w obsłudze formalności wizowych - 49,00 zł.

Odwołujący podkreśla, że wykonawca powinien tak skalkulować daną cenę (daną opłatę transakcyjną), by zawierała ona wszystkie niezbędne koszty realizacji danej usługi, której określona opłata transakcyjna dotyczy. Wynika to z faktu, że zgodnie z wzorcem umowy - załącznikiem nr 1 do SIWZ, rozliczenie z wykonawcą następuje za daną usługę na podstawie zleconych przez Zamawiającego i rzeczywiście wykonanych przez wykonawcę usług pośrednictwa. Wywodzi, że wysokość każdej z opłat musi być realna, zawierać nie tylko wszelkie koszty wykonania danej usługi, ale również rezerwę na ryzyko związane z realizacją danej usługi, a także przewidywany zysk.

Odwołujący wskazuje, że cena całkowita w postępowaniu nie jest ceną ryczałtową i nie jest możliwe ewentualne pokrywanie kosztów czy strat w ramach innych wykonanych usług. Koszty, rezerwy oraz zysk muszą być przypisane w stosunku do konkretnej, podanej wysokości opłaty transakcyjnej. Zgodnie z § 6 ust. 5 i ust. 6 wzorca umowy, Wykonawca otrzyma wynagrodzenie w postaci opłaty transakcyjnej za daną, konkretne zrealizowaną usługę, określoną w par. 2 ust. 1 Umowy. Zgodnie z wzorcem umownym *„Wykonawcy z tytułu realizacji wszelkich czynności związanych z wykonywaniem usług określonych w § 2 ust. 1 Umowy przysługuje jedynie wynagrodzenie w postaci opłaty transakcyjnej - zgodnie z Załącznikiem nr 2 do Umowy - za usługi zrealizowane w ramach Umowy, faktycznie zlecone przez TVP S.A. i wykonane przez Wykonawcę"* (par. 6 ust 5 wzoru umowy - załącznik nr 1 do SIWZ).

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że każda z czynności ujętych w pozycjach O_1 - O_{10} powinna zostać wyceniona osobno, każda z tych czynności może mieć decydujący wpływ co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Podnosi, że zaniżenie dowolnego z ww. składników może mieć wpływ na obarczenie oferty eTravel wadą rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazuje, że wykonawca miał obowiązek uwzględnienia w ofercie wszystkich kosztów realizacji, w całym okresie trwania Umowy, tj. maksymalnie 24 miesięcy *„Umowa będzie realizowana przez okres 24 (dwudziestu czterech) miesięcy (liczony od dnia zawarcia Umowy) lub do wyczerpania środków przeznaczonych na jej realizację, w zależności od tego, które ze zdarzeń wystąpi jako pierwsze"* - par. 3 wzoru umowy - zał. nr 1 do SIWZ) -zatem wykonawca eTravel S.A. powinien był wykazać, że jego stawki są rynkowe i pokrywają wszystkie koszty realizacji danej usługi w całym okresie realizacji umowy.

Odwołujący wskazuje, że wykonawca realizujący zamówienie nie ma gwarancji, jakie usługi i w jakiej ilości będą świadczone, gdyż usługi te będą zależały od bieżących potrzeb Zamawiającego w zakresie rezerwacji hotelowych czy biletowych, a także wynajmu samochodu czy w zakresie formalności wizowych („*Wykonawca zobowiązuje się do świadczenia usług na rzecz TVP S.A. w sposób i na zasadach określonych w Umowie oraz w Załączniku nr 1 i 2 do Umowy, zgodnie z bieżącymi potrzebami TVP S.A."*- par. 1 ust 3 wzoru umowy - zał. nr 1 do SIWZ). Z tego wywodzi, że wykonawca nie może zakładać oczekiwanego zysku, czy pokrycia kosztów w ramach innych usług, jak też nie może pokrywać kosztów realizacji w ramach innych realizowanych przez siebie umów. Podnosi, że powinien również przewidzieć w ofercie ryzyko, że dane usługi nie będą w ogóle świadczone, inne zaś będą w większym, niż można pierwotnie przypuszczać, rozmiarze.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający postawił wymaganie, że *„jednostkowe elementy cenotwórcze podane przez Wykonawcę w ofercie (opłaty transakcyjne, opusty) winny obejmować wszystkie koszty i składniki wraz z narzutami niezbędnymi do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie ujętym oraz na zasadach określonych we Wzorze umowy"* (pkt 6.2. SIWZ). Informuje, że we wzorze umowy określono zakres kosztów, które wykonawcy mają wziąć pod uwagę w postępowaniu. Odwołujący podnosi, że nie jest możliwe, chociażby ze względu na rodzaj i ilość składanych dowodów w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, aby eTravel ujął wszystkie koszty w ramach swojej oferty cenowej oraz w konsekwencji w ramach wyjaśnień - nie udowodniono chociażby kosztów sporządzenia raportów (Zasady i Warunki Świadczenia Usług Na Rzecz Tvp S.A. pkt 1.7).

Dalej Odwołujący wywodzi, że wykonawca eTravel wyceniając stawki opłat transakcyjnych nie uwzględnił, że realizując zamówienie faktycznie nie będzie otrzymywał prowizji z tytułu świadczonych usług, a zatem nie uwzględnił, że powinien w związku z tym odpowiednio podnieść wartość danej opłaty transakcyjnej. Podnosi, że wykonawca zgodnie z warunkami SIWZ ma stosować przy realizacji przedmiotu Umowy opusty i stawki specjalne, jakie TVP S.A. otrzymuje. Według Odwołującego wiadomym jest, że jeśli pośrednik stosuje tzw. stawki korporacyjne, czyli stawki przyznane dużym firmom przez np. hotele, to obowiązującą jest już wcześniej wynegocjowana i przyznana stawka. Natomiast sprzedawca nie ma interesu w tym by przyznawać pośrednikowi prowizje z tytułu „przyprowadzenia", skoro tego klienta już wcześniej ma (zgodnie z § 5 ust. 1-3 wzoru umowy - zał. nr 1 do SIWZ:*„1. Wykonawca zobowiązuje się, do zastosowania przy realizacji przedmiotu Umowy opustów i stawek specjalnych, jakie TVP S.A. otrzymuje od organizatorów bądź posiada z tytułu członkostwa w organizacjach krajowych i międzynarodowych bądź na mocy umów z Organizatorami (...) 2. Niezwłocznie po zawarciu Umowy, TVP S.A. zobowiązuje się do poinformowania Wykonawcy o opustach i stawkach specjalnych, posiadanych przez TVP S.A 3. W przypadku, gdy TVP S.A. w trakcie realizacji Umowy uzyska nowe stawki lub opusty zobowiązana jest na bieżąco informować o tym Wykonawcę".*

Odwołujący wskazuje, że system prowizyjny na rynku usług noclegowych jest oparty o założenie, iż pośrednik (wykonawca) zwiększa obroty danego systemu rezerwacji lub hotelu, w związku z czym należy

mu się prowizja. Zarówno w przypadku przejęcia płatności, jak
i stawek korporacyjnych operator danego podmiotu (hotelu, miejsca noclegowego, B&B, karczmy lub system rezerwacji itp.) zakłada, iż Klient i tak skorzystałby z jego usług. Wobec tego, zarówno w przypadku przejęcia płatności, jak i powoływania się na stawki korporacyjne przez Klienta (Zamawiającego), hotele lub systemy rezerwacyjne nie wypłacają Wykonawcy prowizji od konkretnej rezerwacji. Z tego wywodzi, że wykonawca eTravel nie może powoływać się na prowizję od systemów rezerwacji, co do rezerwacji hotelowych w celu realizacji niniejszej umowy.

Dalej podnosi, że zgodnie z pkt III. 3. Zasad i Warunków Świadczenia Usług Na Rzecz Tvp S.A (str. 20 załącznika nr 1 do SIWZ) Zamawiającemu przysługuje prawo porównywania wszystkich cen zakupu usług, o których mowa w § 2 ust 1 oferowanych przez Wykonawcę,
z cenami tych usług (dla tych samych parametrów danego rodzaju usługi) dostępnych
w ogólnodostępnych systemach rezerwacyjnych, w tym booking.com, trivago.com lub w danym obiekcie noclegowym bądź systemie rezerwacyjnym tegoż obiektu lub na ogólnodostępnych stronach danego Organizatora. Z tego wywodzi, że oznacza to, iż Wykonawca będzie zobowiązany do zakupu rezerwacji hotelowej po najtańszej możliwej cenie, nawet jeżeli nie posiada prowizji z danego systemu rezerwacji - nie ma z nim podpisanej umowy, a w takiej sytuacji wykonawca eTravel będzie miał 0 zł przychodu za realizację takiej rezerwacji.
Naruszenie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy eTravel, mimo że Wykonawca eTravel nie wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Odwołujący wskazuje, że uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp samodzielnie znajdzie pełne zastosowanie również w przypadku konieczności odrzucenia oferty wykonawcy eTravel ze względu na naruszenie art 90 ust. 3 w związku z art. 90 ust. 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty eTravel, mimo że wykonawca eTravel nie wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny gdyż oferta wykonawcy eTravel jest obarczona wadą rażąco niskiej ceny i nie gwarantuje wykonania zamówienia. Zdaniem Odwołującego oznacza to, iż wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę eTravel mogą być prawidłowe jedynie pozornie,
w rzeczywistości wyjaśnienia te, odczytywane prawidłowo, tj. w stosunku do wymagań Zamawiającego, potwierdzają fakt istnienia rażąco niskiej ceny. Wobec tego rozważania zawarte w uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp znajdą pełne zastosowanie również do właśnie opisywanego zarzutu - Odwołujący rezygnuje z kopiowania dokładnie tych samych słów, ze względu na poprawność redakcyjną i klarowność oraz czytelność.

Odwołujący wskazuje, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu nie tylko, gdy zawiera rażąco niską cenę, ale również kiedy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie złożył wyjaśnień lub złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący zaznacza, że zarówno pierwszą, jak i drugą przesłankę należy rozpatrywać
w kontekście art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Podnosi, że co do zasady: złożone wyjaśnienia, ofertę wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, można przyjąć i uznać za prawidłowe jedynie w przypadku gdy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu został przez wykonawcę wypełniony.

Podnosi, że kwestia rażąco niskiej ceny powinna być analizowana w odniesieniu do (i) cen rynkowych, (ii) cen w Postępowaniu (w tym szacowania wartości zamówienia) ale przede wszystkim (iii) w stosunku do indywidualnych możliwości wykonawcy.

Odwołujący wskazuje, że wykonawca eTravel nie przedstawił żadnych dowodów dotyczących cen rynkowych, co jasno ma wynikać z jawnej treści wyjaśnień. Odwołujący jest przekonany, że eTravel nie odniósł się do cen w postępowaniu, nie wykazał w jaki sposób jego możliwości są wyższe od potencjału Odwołującego, aby mógł zaoferować zdecydowanie niższe ceny. Zdaniem Odwołującego eTravel nie poruszył także prawdopodobnie tematu zaoferowania tak niskiej ceny za rezerwacje hotelowe w postępowaniu, gdzie Zamawiający wprost wymagał korzystania z jak największej liczby systemów rezerwacyjnych oraz posiada istotne stawki korporacyjne, specjalne oraz własne upusty. W ocenie Odwołującego eTravel powinien był odnieść się w swoich wyjaśnieniach do § 5 ust. 1-3 wzoru umowy - zał. nr 1 do SIWZ i wykazać w jaki sposób ma zamiar uzyskać jakikolwiek przychód w przypadku stawek specjalnych Zamawiającego. Dalej wywodzi, że eTravel nie odniósł się właściwie do własnego potencjału i to w żadnym zakresie, zaś wskazane przez wykonawcę umowy handlowe pozwalają jedynie na oszacowanie zysku. Jak wynika z jawnej części wyjaśnień są to umowy z operatorami systemów rezerwacyjnych, hotelami, operatorami kolejowymi, promowymi lub autobusowymi. Wskazuje, że nie przedstawiono umów, które mogą stanowić dowód na ponoszenie kosztów w odpowiedniej wysokości, takich jak np. umowy o pracę, czy najem pomieszczeń. Zdaniem Odwołującego eTravel w swoich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie udowodnił, a więc prawdopodobnie nie odniósł się do żadnego z wymaganych przez Zamawiającego kosztów, w tym w szczególności nie wskazał na koszty pracy, koszty poniesienia opłaty klimatycznej lub depozytowej, koszty dostarczenia przesyłek (usługi kurierskie), koszty wystawiania raportów itd. W ocenie Odwołującego nieudowodnienie kosztów wykonania usługi stanowi błąd zasadniczy, nie pozwalający na uznanie, iż eTravel sprostał obowiązkowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu,
w szczególności, biorąc pod uwagę treść pierwotnego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w którym Zamawiający wzywał wykonawcę eTravel do: *„przedstawienia kalkulacji kosztów każdej z oferowanych stawek opłat transakcyjnych oraz przedstawienia dowodów na potwierdzenie, że stawki te umożliwiają realizację przedmiotu umowy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego".*
Odwołujący podnosi, że jednocześnie nawet wykazanie przychodów z systemów rezerwacji, od hoteli oraz operatorów promowych, kolejowych i autokarowych nie zostało dokonane w sposób rzetelny. Wskazuje, że wykonawca eTravel przedstawił do wyjaśnień 12 umów, tymczasem korzysta on ze 128 systemów rezerwacji usług turystycznych w celu pozyskiwania ofert i cen miejsc noclegowych; na samym Bałtyku funkcjonuje przynajmniej 32 przewoźników promowych; połączenia kolejowe to przynajmniej jedna umowa na połączenia krajowe i jedna na międzynarodowe. Wynajem samochodów w kraju i zagranicą wraz
z kierowcą to kolejna przynajmniej jedna umowa prowizyjna, podobnie wynajem autokarów powinien obejmować przynajmniej jedną kolejną umowę prowizyjną. Odwołujący podnosi, że eTravel powinien złożyć wyciąg z ponad 160 umów prowizyjnych, gdyż żadna
z zaoferowanych przez wykonawcę stawek opłat w pozycjach O_1 - O_9 nie pokrywa nawet części kosztów wykonania usługi przez eTravel, a jeżeli jednak posiada on tak niskie koszty to również powinien był to wykazać i udowodnić w swoich wyjaśnieniach, czego zaniechał.

Odwołujący zaznacza, że pomiędzy eTravel, a WhyNotTravel to Odwołujący posiada niższe koszty wykonywania usług, z uwagi m.in. na swoją siedzibę i główne miejsce zatrudnienia pracowników w województwie Podkarpackim.

Obowiązują tam zdecydowanie niższe koszty pracy oraz koszty zakupu i użytkowania nieruchomości niż w miejscu siedziby
i głównego centrum obsługi eTravel (Warszawa).
Odwołujący dodaje, że fakt, iż złożone przez eTravel wyjaśnienia opracowane zostały w sposób nierzetelny lub niepełny potwierdził sam Zamawiający, poprzez ponowne wezwanie Przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Wskazuje, że zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się
o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Przepis ten wskazuje więc na obowiązek wezwania jedynie w przypadku, gdy pojawią się wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za podaną cenę lub wartość kosztu. Odwołujący zaznacza, że biorąc pod uwagę profesjonalny status wykonawcy
w postępowaniu oraz zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny powinno być kierowane do każdego
z wykonawców nie więcej niż raz w odniesieniu do tych samych okoliczności. Podnosi, że ponowne wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny należy traktować jako sytuację wyjątkową. Nie może ono być skierowane do wykonawcy, który nie odpowiedział wystarczająco szczegółowo na pytanie zadane przez Zamawiającego lub nie dostarczył odpowiednich dowodów na wykazanie swoich twierdzeń, nie jest możliwe również ponowne wezwanie do wyjaśnienia wykonawcy, który składa wyjaśnienia niejasne, niezrozumiałe dla osób profesjonalnie działających na rynku zamówień publicznych. Odwołujący wskazuje, że dodatkowe wezwanie może zostać wyjątkowo skierowane, ale powinno dotyczyć nowych okoliczności, nieujętych w pierwotnym wezwaniu, np. gdy Zamawiający otrzymał dodatkowe informacje, nastąpiła zmiana przepisów dotyczących pensji minimalnej lub VAT itp. Nowe wezwanie jest również możliwe jeżeli dotyczy drobnych nieścisłości, odpowiadających innym omyłkom z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, ale nie może prowadzić do konwalidacji nieprawidłowo złożonych wyjaśnień.
Odwołujący wskazuje, że większa część kolejnego wezwania została utajniona ale
z jawnej treści wezwania wynika, iż Zamawiający zwrócił się do eTravel o:
„uzupełnienie ww. wyjaśnień o dodatkowe informacje mające na celu ułatwienie Zamawiającemu przeprowadzenie własnych obliczeń i analiz związanych z oferowanymi przez eTravel opłatami transakcyjnymi”. Odwołujący porównuje to zdanie z treścią pierwotnego wezwania, w którym wskazano, że *„mając na względzie wysokość każdej z opłat transakcyjnych zaoferowanych przez eTravel, (...) Zamawiający wzywa eTravel do wykazania rentowności każdej z oferowanych stawek opłat transakcyjnych, w tym do przedstawienia kalkulacji kosztów każdej z zaoferowanych opłat transakcyjnych oraz przedstawienia dowodów na potwierdzenie, że stawki te umożliwiają realizację przedmiotu umowy zgodnie*
z wymaganiami Zamawiającego. eTravel winno wykazać, że każda z oferowanych stawek opłat transakcyjnych jest wystarczająca na pokrycie wszystkich kosztów realizacji usługi (...),
z uwzględnieniem ryzyka wynikającego z braku gwarancji ze strony Zamawiającego odnośnie tego, jakie faktycznie usług i w jakiej ilości będą zlecone”. Z tego wywodzi, że drugie wezwanie dotyczy dokładnie tych samych okoliczności, co pierwsze. Dodaje, że Zamawiający
w pierwotnym wezwaniu również wskazał, jakie konkretnie koszty mają zostać uwzględnione w kalkulacjach, odnosząc się do § 2 ust 7 wzoru umowy. Zdaniem Odwołującego nieprzedstawienie odpowiednich wyjaśnień w tym zakresie w pełni obciąża eTravel. Odwołujący zwraca uwagę, że przez sam fakt utajnienia wezwania Zamawiający przyznał, iż odnosi się ono do treści pierwszej odpowiedzi. Tak więc Zamawiający prowadził dyskusję
i doprowadził do uzupełnienia nierzetelnie złożonych przez eTravel wyjaśnień.
Naruszenie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dwukrotne wezwanie eTravel do wyjaśnień nakazanych wyrokiem KIO w sprawie 2164/18, mimo że treść wezwania, jak i jego zakres był pełny i również zakreślony ww. wyrokiem KIO, którego treść była znana eTravel, a zatem brak było podstaw do dokonywania czynności ponownego wezwania
i pierwsze wyjaśnienia winny stanowić podstawę do zastosowania art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.
Odwołujący podnosi, że zgodnie z orzecznictwem KIO, zamawiający nie może wzywać wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, co prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien złożyć. Wskazuje, że eTravel w odpowiedzi na wezwanie złożył już wyjaśnienia i dowody dotyczące wysokości opłaty transakcyjnej, dokładnie w tym samym zakresie, w jakim zostało do niego skierowane kolejne wezwanie. Zamawiający nie zwracał się o nowe i dodatkowe wyjaśnienia, ale jedynie o takie które mają mu ułatwić wyliczenia. Z tego Odwołujący wywodzi, że z dotychczasowych wyjaśnień Zamawiający nie był w stanie ustalić, że podane ceny nie są rażąco niskie. Odwołujący wyjaśnia, że z tego powodu postawiony został dodatkowo w pkt 4 petitum odwołania zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dwukrotne wezwanie eTravel do wyjaśnień nakazanych wyrokiem KIO w sprawie 2164/18, mimo że treść wezwania, jak i jego zakres był pełny i również zakreślony ww. wyrokiem KIO, którego treść była znana eTravel, a zatem brak było podstaw do dokonywania czynności ponownego wezwania i pierwsze wyjaśnienia winny stanowić podstawę do zastosowania art 90 ust 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosi, że celem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jest zmobilizowanie wykonawców do składania wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, poprzez nałożenie sankcji za ich nieudzielenie, a użyte w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, sformułowanie „odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień” oznacza również sytuację, gdy wykonawca składa wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie ma ani obowiązku, ani nawet możliwości, aby ponownie wzywać wykonawcę do złożenia wyjaśnień jeżeli wykonawca nie rozwiał jego wątpliwości co do podejrzenia rażąco niskiej ceny. W takiej sytuacji należy bowiem uznać, że wykonawca nie wywiązuje się należycie z ciążącego na nim, stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ciężaru dowodu.
Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty eTravel pomimo niezabezpieczenia wadium całego okresu związania ofertą.
Odwołujący wskazuje, że wykonawca eTravel dokonał przedłużenia terminu związania ofertą 18.12.2018 r. Przedłużenie terminu związania ofertą wydłużyło ten okres do 22.02.2019 r. Wykonawca nie przedłożył jednocześnie nowego wadium. Oryginał gwarancji wadialnej wpłynął do Zamawiającego dopiero 20.12.2018 r. Do przedłużenia terminu związania ofertą nie załączono nawet kopii takiego dokumentu. Odwołujący podnosi, że niezależnie od formy, jaką wykonawca wybierze

dla wniesienia wadium przekazanie wadium w dyspozycję Zamawiającego musi odbyć się nie później niż w terminie otwarcia ofert lub
w terminie przedłużenia terminu związania ofertą. Prawo zamówień publicznych przewiduje jedynie jeden wyjątek od tej zasady, wynikający z art. 184 ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie posiadał władztwa nad wadium eTravel w pełnym zakresie, przez okres
2 dni. Oznacza to, iż w tym okresie oferta Wykonawcy eTravel nie była w sposób prawidłowy zabezpieczona wadium.
Naruszenie art. 8 ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut ten Odwołujący wywodzi z zaniechania odtajnienia wyjaśnień eTravel zarówno złożonych na wezwanie pierwsze, jak i drugie, a także części treści drugiego wezwania Zamawiającego z 18 grudnia, podczas gdy treść wyjaśnień nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, a eTravel nie wyjaśnił, dlaczego zastrzega również treść wyjaśnień, poza zastrzeżeniem załączników - dowodów do wyjaśnień, a co więcej, brak było podstawy prawnej, aby Zamawiający uznał za część niejawną/zastrzeżoną treść swego wezwania oraz nie przedstawiono ani nie powołano się na odpowiednie dowody w zakresie wszystkich przedstawionych umów stanowiących załącznik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zaznacza przy tym, że utajnienie ceny i kalkulacji ceny podlega istotnym obostrzeniom w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i co do zasady jest niedopuszczalne. Wskazuje, że w przypadku formularzy cenowych, które są stworzone przez zamawiającego, należy przede wszystkim uwzględnić przepis art. 86 ust 4 ustawy Pzp
i generalną zasadę jawności informacji cenowych z formularzy oferty. Natomiast w przypadku tzw. wyjaśnień rażąco niskiej ceny należy mieć na względzie zakres utajnienia (czy utajniono wyłącznie elementy tego wymagające) oraz wykazanie zasadności utajnienia, jak również to, czy w istocie utajnione elementy mogą wystąpić w innych postępowaniach lub w innych okolicznościach. Odwołujący wskazuje, że przynajmniej co do wezwania Zamawiający powinien był przygotować pismo w taki sposób, aby nie cały dokument, a jedynie informacje faktycznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa pozostały utajnione. Odwołujący podnosi, że eTravel nie dba o zastrzeganie żadnych swoich informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, dzieląc się, całkowicie jawnie m.in. poziomem uzyskiwanych przez siebie prowizji.
Naruszenie art. 192 ust. 3 pkt 1) w zw. z art. 185 ust. 6 ustawy Pzp a contrario poprzez nieprawidłową realizację przez Zamawiającego wyroku KIO z 9.11.2018 r. w sprawie KIO 2164/18, ograniczające się jedynie do formalnego jego wykonania, bez dokonania prawidłowej oceny wyjaśnień eTravel w kontekście ponownej czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący stawia ten zarzut, albowiem w jego ocenie Zamawiający wadliwie wykonał ww. wyrok, ograniczając się jedynie do formalnego jego wykonania, mimo dwukrotnego wezwania. Zamawiający zaniechał dokonania prawidłowej oceny wyjaśnień eTravel
w kontekście ponownej czynności badania i oceny ofert, pominięto też kwestię ze str. 20 uzasadnienia ww. wyroku, gdzie KIO wskazała, że „Zwrócić należy uwagę na fakt, że wynagrodzenie wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu ma charakter kosztorysowy, wobec czego nie jest możliwe ewentualne pokrywanie kosztów czy strat
w ramach wykonywanych innych usług, a umowa w sprawie zamówienia obejmuje okres do 24 miesięcy, w którym zaoferowane opłaty nie mogą ulec zmianie. Wykonawca eTravel S.A. powinien wykazać, że zaoferowane przez niego stawki opłat transakcyjnych są wystarczające na pokrycie wszystkich kosztów realizacji usług w całym okresie realizacji umowy,
z uwzględnieniem także ryzyka wynikającego z braku gwarancji ze strony Zamawiającego odnośnie tego, jakie faktycznie usługi i w jakiej ilości będą świadczone, gdyż usługi te będą zależały od bieżących potrzeb Zamawiającego (§ 1 ust 3 Wzoru umowy - zał. nr 1 do SIWZ). Wywodzi z tego, że stawki 0,00 zł nie gwarantują powyższego nakazu z wyroku i to nawet
w świetle tego, co wykonawca eTravel jako wyjaśnienia przedłożył.
Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art 15 ust. 1
i w u.z.n.k. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty eTravel, której złożenie, w świetle przedstawionych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na manipulowaniu cenami oraz utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku, wyrażający się w oferowaniu stawki 0,00 zł tytułem opłaty transakcyjnej.

Odwołujący wskazuje, że zarzut podnosi w kontekście informacji, które eTravel przedstawił w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Odwołujący podnosi, że fakt manipulacji wynika z treści zastrzeżonych wyjaśnień, albowiem w świetle tych przedmiotowych wyjaśnień oraz stanowiska ze str. 21 ww. wyroku, dowód taki można wywieźć z tych wyjaśnień. Odwołujący twierdzi, iż Wykonawca eTravel przenosi koszty wykonania usług pomiędzy pozycjami. Podnosi, że w kontekście wyjaśnień wykonawcy jasnym jest, iż przynajmniej
w niektórych sytuacjach dojdzie do sprzedaży usług poniżej kosztów ich wykonania,
a prawdopodobnie realizacja całej umowy przyniesienie wykonawcy eTravel stratę, gdyż nie uwzględnił on wszystkich kosztów realizacji zamówienia w swojej ofercie, stawiając na agresywną politykę cenową w celu pozbawienia zamówienia innych Wykonawców.
Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ze względu na fakt nieujęcia wszystkich składników ceny lub kosztu w ofercie eTravel, co wynika z wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez eTravel w postępowaniu. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z § 6 ust. 7 *„Opłata transakcyjna obejmuje w szczególności koszty: przygotowania oferty, dokonania rezerwacji, wystawienia, odbioru i dostarczenia Dokumentów podróży, zmiany w rezerwacji, przypominania
o zbliżającym się terminie wykupu danego rodzaju usługi, dokonywania zmiany, anulowania, zwrotu, obsługi reklamacji, reprezentacji TVP S.A. wobec Organizatorów w związku
z reklamacjami, koszty przygotowania raportów popodróżnych oraz wszelkie koszty operacyjne wynikające z realizacji przedmiotu Umowy, zgodnie z warunkami Umowy*". Innymi słowy Zamawiający wymagał aby w kwocie opłaty transakcyjnej uwzględniono wszystkie koszty realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego wykonawca eTravel w swoich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie udowodnił, a więc prawdopodobnie nie odniósł się do żadnego z ww. kosztów, w tym w szczególności nie wskazał na koszty pracy, koszty opłaty klimatycznej lub depozytowej, koszty dostarczenia przesyłek (usługi kurierskie). Podnosi, że nieujęcie tych kosztów w ofercie Wykonawcy stanowi nieusuwalny błąd w obliczeniu ceny lub kosztu.
W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 8.02.2018 r. Odwołujący podtrzymał stanowisko zawarte w odwołaniu.
Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania
w całości.

Do postępowania po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca wykonawcy eTravel S.A., Al. Jerozolimskie 142B, 02-305 Warszawa (dalej jako Przystępujący), wnioskując o oddalenie odwołania.
W toku rozprawy przed KIO strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz korespondencji Zamawiającego z wykonawcami, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie i pismem zgłaszającego przystąpienie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

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

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

W prowadzonym postępowaniu Zamawiający wymagał zaoferowania w ramach przedmiotu zamówienia obsługę podróży służbowych zlecanych przez TVP S.A. w okresie 24 miesięcy, polegająca w szczególności na realizacji następujących usług (§ 2 ust. 1 Wzoru umowy - załącznik nr 1 do SIWZ):
- -rezerwacji i wykupienia noclegów w kraju i poza granicami kraju, dostarczania dokumentów podróży potwierdzających nocleg,
- -rezerwacji wykupienia i dostarczania biletów kolejowych, autobusowych i promowych na trasach krajowych i międzynarodowych,
- -pośrednictwa w wynajmie samochodów poza granicami kraju (z kierowcą lub bez), dostarczania dokumentów podróży potwierdzających wynajem,
- -obsługi formalności wizowych,
- -obsługi wszelkich zmian w czasie trwania podróży,
- - wykonywania raportów za zrealizowane usługi według kryteriów i w terminach ustalonych przez TVP S.A.

Zamawiający kryteria oceny ofert określił w pkt 15.2.1 – 15.2.3 SIWZ:
1. wysokość opłat transakcyjnych - waga 60 %;
2. wysokość opustów od ceny biletów kolejowych - waga 10 %;
3. cena noclegów w hotelach - waga 30 %.

Zgodnie z § 6 ust. 5 i ust. 6 Wzoru umowy (załącznik nr 1 do SIWZ) „Wykonawcy z tytułu realizacji wszelkich czynności związanych z wykonywaniem usług określonych w § 2 ust. 1 Umowy przysługuje jedynie wynagrodzenie w postaci opłaty transakcyjnej - zgodnie z Załącznikiem nr 2 do Umowy - za usługi zrealizowane w ramach Umowy, faktycznie zlecone przez TVP S.A. i wykonane przez Wykonawcę".

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców – Odwołujący oraz Przystępujący. eTravel zaoferował następujące stawki za poszczególne transakcje – za rezerwacje hotelowe (krajowe i zagraniczne, od 1 do 9 osób i powyżej 9 osób) – 0,00 zł, za wystawienie biletu kolejowego krajowego – 8,00 zł, za wystawienie biletu kolejowego na połączenie międzynarodowe – 8,00 zł, za pośrednictwo w wynajmie samochodu z kierowcą lub bez poza granicami kraju – 8,00 zł, za wystawienie biletu autobusowego krajowego i międzynarodowego – 8,00 zł, za wystawienie biletu na prom na połączenia krajowe i międzynarodowe – 5,00 zł, za pośrednictwo w obsłudze formalności wizowych – 49,00 zł.
Odwołujący w dniu 22.10.2018 r. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu m.in. zaniechanie wezwanie wykonawcy eTravel do wyjaśnień dotyczących ww. opłat transakcyjnych, podczas gdy ceny te są rażąco niskie i nie uwzględniają kosztów realizacji usług, rezerw dotyczących tych usług, usług dodatkowych, a także należnego zysku, co budzi wątpliwości w zakresie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

Wyrokiem z dnia 9.11.2018 r. w sprawie KIO 2164/18 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła ww. zarzut i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy eTravel S.A. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie wyliczenia w ofercie tego wykonawcy kosztów istotnych części składowych przedmiotu zamówienia oraz złożenia dowodów, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.
Izba w ww. wyroku uznała, że Zamawiający, mając na względzie wysokość opłat transakcyjnych zaoferowanych przez wykonawcę eTravel, które w części są oferowane na poziomie zerowym oraz w części są znacząco niższe od stawek zaoferowanych przez Odwołującego, a także biorąc pod uwagę wymagania SIWZ (dotyczące m.in. zakresu rzeczowego, warunków realizacji usług itp.), powinien był powziąć wątpliwości i wezwać wykonawcę eTravel do wykazania realności oferowanych stawek opłat transakcyjnych, w tym - do przedstawienia kalkulacji kosztów w kontekście zaoferowanych opłat transakcyjnych oraz przedstawienia dowodów na potwierdzenie, że stawki te umożliwiają realizację usługi, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. W ocenie Izby, zaoferowanie opłat transakcyjnych na poziomie 0,00 zł w czerech pozycjach z dziesięciu oraz pozostałych opłat na poziomie niższym o ok. 50% niż w drugiej ofercie złożonej w tym postępowaniu, w pełni uzasadniało zastosowanie trybu określonego w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.
Wykonując ww. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający, w dniu 6.12.2018 r. wystosował do Przystępującego wezwanie na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.
W wezwaniu wskazał na wysokości opłat transakcyjnych w ofercie eTravel, powołał się na § 6 ust. 5 wzoru umowy oraz na ust. 7, który zawierał wskazanie kosztów, które obejmuje opłata transakcyjna tj. w szczególności koszty: przygotowania oferty, dokonania rezerwacji, wystawienia, odbioru i dostarczenia dokumentów podróży, zmiany w rezerwacji, przypominania o zbliżającym się terminie wykupu danego rodzaju usługi, dokonywania zmiany, anulowania, zwrotu, obsługi reklamacji, reprezentacji TVP S.A. wobec Organizatorów w związku z reklamacjami, koszty przygotowania raportów po-podróżnych oraz wszelkie koszty operacyjne w tym koszty pracy. Zamawiający wezwał do

„wykazania rentowności każdej z zaoferowanych opłat transakcyjnych w tym do przedstawienia kalkulacji kosztów każdej z zaoferowanych opłat transakcyjnych oraz przedstawienia dowodów na potwierdzenie, że stawki te umożliwią realizację przedmiotu umowy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. eTravel winno wykazać, że każda z oferowanych stawek opłat transakcyjnych jest wystarczająca na pokrycie wszystkich kosztów realizacji usługi, których dotyczy dana opłata transakcyjna w całym okresie realizacji umowy, z uwzględnieniem ryzyka wynikającego
z braku gwarancji ze strony Zamawiającego odnośnie tego, jakie faktycznie usługi i w jakiej ilości będą zlecone. Przedstawione wyliczenia muszą zostać poparte dowodami". Wskazał, że udzielone wyjaśnienia *„winny udowodnić, iż każda z zaoferowanych opłat transakcyjnych została prawidłowo skalkulowana i zawiera wszystkie koszty niezbędne do prawidłowej realizacji umowy".*
Przystępujący udzielił wyjaśnień w piśmie z dnia 12.12.2018 r., zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa, wobec zawierania istotnych informacji handlowych.
W wyjaśnieniach tych Przystępujący wskazał, że w cenie uwzględnił wszystkie koszty. Dla udowodnienia uzyskiwanych prowizji przedłożył umowy handlowe oraz tabelkę mającą stanowić wyliczenie kosztów.
Zamawiający w dniu 18.12.2018 r. wezwał eTravel do uzupełnienia wyjaśnień, zastrzegając część wezwania jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W wezwaniu wskazał na niezgodności pomiędzy przedstawionym wyliczeniem a wyjaśnieniami i wezwał do ponownego wskazania kosztów.
Przystępujący udzielił odpowiedzi pismem z dnia 3.01.2019 r., zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa.
Izba zważyła, co następuje.
Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.
Ad zarzutu 1, 3 i 4 odwołania – tj. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1, art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp i art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący omawiane zarzuty wywodził z okoliczności zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy eTravel, pomimo, iż nie wykazał on, że jej cena nie jest rażąco niska oraz ponownego wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, pomimo, iż brak było do tego podstaw i treść pierwszych wyjaśnień winna była stanowić podstawę do odrzucenia oferty.
Zgodnie z dyspozycją 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. Powołany przepis odnosi się do wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – który stanowi, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. W ustępie 2 przedmiotowego artykułu, ustawa określa, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
W tym miejscu należy zauważyć, że art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zawiera przesłankę odrzucenia oferty skonstruowaną odmiennie niż w art. 89 ust. 1 pkt 4 tej ustawy, który stanowi o odrzuceniu oferty zawierającej rażąco niską cenę. Przesłanka odrzucenia oferty określona
w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie wymaga stwierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska. Przepis ten natomiast zawiera sankcję, którą objęty zostaje wykonawca, który albo nie uniesie ciężaru dowodu wyjaśnień o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp albo który nie dołoży należytych starań w składaniu tych wyjaśnień – bądź też całkowicie zaniecha podjęcia działań w tym kierunku. Przyjęta przez ustawodawcę konstrukcja jest logiczną konsekwencją ustalonego rozkładu ciężaru dowodu, który w zakresie braku rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. W sytuacji bowiem, gdy Zamawiający powziąłby wątpliwości w zakresie realności ceny i wezwał do wyjaśnień (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp), a wykonawca nie udzieliłby wyjaśnień, Zamawiający nie mógłby jednoznacznie stwierdzić, że cena zawiera rażąco niską cenę (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp) – stałoby
to w sprzeczności z wcześniej wyrażonymi „wątpliwościami" wskazanymi w ww. wezwaniu. Gdyby nie regulacja art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający pozostałby bez narzędzia pozwalającego na dyscyplinowanie nierzetelnego wykonawcy, co paraliżowałoby postępowanie. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że zgodnie z przyjętym orzecznictwem KIO jako brak udzielenia wyjaśnień należy rozumieć nie tylko całkowitą bierność po stronie wykonawcy (tj. brak odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego), ale również złożenie wyjaśnień o charakterze ogólnym, nierzeczowym, niepopartym faktami, zawierające braki
i nieodnoszące się do kwestii poruszonych w wezwaniu (por. np. wyrok KIO z 17.01.2018 r., KIO 23/18, z 19.04.2018 r., KIO 503/18). Odmienne podejście do wykonawcy, który wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie dokłada należytej staranności
w złożeniu wyjaśnień, stanowiłoby jego uprzywilejowanie, co z kolei naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.
Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy, Izba uznała, że omawiany zarzut jest zasadny. Zamawiający w treści wezwania do złożenia wyjaśnień (pismo z dnia 6.12.2018 r.) wskazał, że zobowiązuje Przystępującego do *„wykazania rentowności każdej*
z zaoferowanych opłat transakcyjnych w tym do przedstawienia kalkulacji kosztów każdej
z zaoferowanych opłat transakcyjnych oraz przedstawienia dowodów na potwierdzenie, że stawki te umożliwią realizację przedmiotu umowy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. eTravel winno wykazać, że każda z oferowanych stawek opłat transakcyjnych jest wystarczająca na pokrycie wszystkich kosztów realizacji usługi, których dotyczy dana opłata transakcyjna w całym okresie realizacji umowy, z uwzględnieniem ryzyka wynikającego
z braku gwarancji ze strony Zamawiającego odnośnie tego, jakie faktycznie usługi i w jakiej ilości będą zlecone. Przedstawione wyliczenia muszą zostać poparte dowodami". Dalej Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienia winny udowodnić, że każda z opłat transakcyjnych została prawidłowa skalkulowana i zawiera wszystkie koszty niezbędne do prawidłowej realizacji umowy. Należy przy tym przypomnieć, że ww. wezwanie stanowiło realizację wyroku KIO z dnia 9.11.2018 r., KIO 2164/18, w którym Izba uznała, że zaniechanie wyjaśnienia ww. składników ceny stanowiło naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a także zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.
W ocenie Izby rzeczone wezwanie nie miało charakteru ogólnikowego, nie polegało jedynie na zacytowaniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, które elementy ceny mają zostać wykazane i udowodnione. Co więcej, Przystępujący był również uczestnikiem postępowania w sprawie KIO 2164/18, zatem miał świadomość, które ze

składników ceny były przedmiotem wyroku w ww. sprawie i w jaki sposób powinny zostać wykazane.
W ocenie Izby nie można uznać, że Przystępujący udzielił wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Izba zwraca uwagę, że dalsze rozważania dotyczą informacji skutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, z czego wynika konieczność operowania na pewnym poziomie ogólności, bez podawania konkretnych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca eTravel w piśmie z dnia 12.12.2018 r. skoncentrował się na wykazaniu uzyskiwanych prowizji. Kwestię kosztów – uwypukloną zarówno w wezwaniu Zamawiającego z dnia 6.12.2018 r., jak i w wyroku KIO 2164/18 potraktował bardzo pobieżnie, ograniczając się do ogólnych twierdzeń, że uwzględnił wszystkie koszty oraz ww. ryzyko. Zgodnie z treścią omawianych wyjaśnień, Przystępujący szczegóły wyliczeń przedstawił
w tabeli stanowiącej załącznik nr 12 do wyjaśnień. Analiza tej tabeli nie pozwala jednak na uznanie, że eTravel wykazał uwzględnienie kosztów niezbędnych dla realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ. Załącznik nr 12 nie zawiera wyliczenia kosztów, wykonawca podał jedynie
w tym zakresie pewną kwotę dla poszczególnych transakcji, bez żadnego jej omówienia, wskazania jej składników czy wyliczenia. Nie można przyjąć, że podanie kwoty stanowi jej wyliczenie i wykazanie. Przystępujący nie złożył również żadnych dowodów, dla chociażby uprawdopodobnienia wskazanej kwoty. Co więcej, w zakresie ww. ryzyka, na które uwagę zwracał Zamawiający, jak i Izba w powołanym wyroku, Odwołujący nie przedstawił wyliczeń, założeń itp. Również przedłożone wraz z wyjaśnieniami dowody nie pozwalają na stwierdzenie, w jaki sposób uwzględnienie rzeczonego ryzyka znalazło odzwierciedlenie
w cenie oferty. Dalej, należy uznać, że ww. dowody nie są wystarczające dla poparcia nawet tez wyjaśnień dotyczących prowizji, bowiem przedłożone umowy w znacznej mierze były niekompletne (brak załączników) i nie było możliwym odczytanie kompletnych zasad przyznawania Przystępującemu prowizji.
O niekompletności omawianych wyjaśnień świadczy również drugie wezwanie, skierowane do Przystępującego w piśmie z dnia 18.12.2018 r. Bez poruszania informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa można wskazać, że Zamawiający wskazał na daleko idące niezgodności pomiędzy wyjaśnieniami Przystępującego, a wyliczeniami przedstawionymi
w załączniku nr 12 do wyjaśnień. Pomimo powyższego, Zamawiający nie wezwał
o wyjaśnienie tych niezgodności, ale umożliwił Przystępującemu ponowne wskazanie kosztów. Przystępujący wypełnił to wezwanie, nie opatrując przy tym odpowiedzi żadnym komentarzem, pozwalającym na stwierdzenie przyczyny ww. niezgodności. W tym miejscu należy zaznaczyć, że treść wezwania z dnia 18.12.2018 r. stanowiła błąd po stronie Zamawiającego, bowiem powinien był wezwać eTravel do złożenia wyjaśnień w zakresie niezgodności, czego nie uczynił – taki błąd Zamawiającego bez wątpienia nie może zaś obciążać wykonawcy. Jednakże, mając na uwadze stan sprawy i treść pierwotnych wyjaśnień Przystępującego, nie powinno mieć miejsca już samo ponowne wezwanie, bowiem eTravel nie udzieliła wyjaśnień na pierwsze wezwanie, wobec czego jej oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Jakkolwiek należy przyznać rację Zamawiającemu i Przystępującemu, że możliwym jest nawet kilkukrotne wzywanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, to wymaga zaznaczenia, że dotyczy to określonych sytuacji. Możliwość taka zachodzi np. w przypadku, gdy wezwanie zamawiającego miało charakter zbyt ogólny, wobec czego wykonawca nie był w stanie udzielić informacji potrzebnych zamawiającemu, mimo należytych starań. Ponowne wezwanie będzie również możliwe w sytuacji pojawienia się nowych wątpliwości zamawiającego, pomimo udzielenia przez wykonawcę wyczerpujących wyjaśnień (np. wskutek powołania się na nowe, nieznane zamawiającemu informacje). Orzecznictwo Izby jednolicie
i w sposób jednoznaczny odnosi się do omawianego zagadnienia – por. np. wyroki KIO:
z 17.04.2018 r. KIO 612/18, z 6.03.2018 r., KIO 314/18, z 17.01.2018 r., KIO 34/18). Z kolei ponowne wezwanie do wyjaśnień, w sytuacji gdy wykonawca złożył wyjaśnienia ogólnikowe, nie odnoszące się do wezwania, stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a sama oferta takiego wykonawcy podlega odrzuceniu (por. np. wyrok KIO z 4.12.2017 r., KIO 2411/17, z 13.05.2014 r., KIO 572/14). W ocenie Izby taka właśnie sytuacja zaszła w niniejszym postępowaniu, gdyż Przystępujący nie dołożył należytej staranności składając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Złożone wyjaśnienia nie zawierały wyliczenia i wykazania kosztów realizacji zamówienia.
Oceny okoliczności sprawy nie zmieniają powoływane przez Zamawiającego argumenty, iż zgodnie z logiką Odwołującego należałoby wykazać każdy koszt prowadzenia przedsiębiorstwa, co jest niespełna niemożliwe. Abstrahując od zasadności tych twierdzeń, wymaga stwierdzenia, że nie odnoszą się one do realiów niniejszej sprawy, gdzie Przystępujący, wbrew wezwaniu, zaniechał nawet przedstawienia wyliczenia kosztów, wobec czego brak było podstaw do dalszego badania realności ceny jego oferty.
Mając na uwadze powyższe, należy uznać, że Przystępujący eTravel nie złożył wyjaśnień potwierdzających realność zaoferowanej ceny i brak było podstaw do umożliwienia mu ponownego udzielenia wyjaśnień w tym zakresie, nie odniósł się bowiem w sposób należyty do zagadnień wprost wyrażonych w wezwaniu z dnia 6.12.2018 r. tj. elementów ceny, które należało wykazać. Oferta Przystępującego eTravel powinna zatem zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, czego Zamawiający bezpodstawnie zaniechał. Ponadto, umożliwienie złożenia ponownych wyjaśnień (wezwanie z dnia 18.12.2018 r.) stanowiło
w okolicznościach niniejszej sprawy naruszenie zasady równego traktowania wykonawców zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.
Wobec tak ustalonych i ocenionych okoliczności sprawy, zarzuty nr 1, 3 i 4 odwołania Izba uznała, w powyżej opisanym zakresie, za zasadne i orzekła jak w pkt 1 sentencji.
Ad zarzutu 2 i 9 – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż winien był odrzucić ofertę eTravel, gdyż zawierała rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie zawierała wszystkich składników ceny lub kosztu.
Przedmiotowy zarzut należało uznać za bezzasadny. W okolicznościach niniejszej sprawy zaistniały wątpliwości co do realności zaoferowanej przez Przystępującego ceny. Wykonując wyrok KIO 2164/18 Zamawiający wezwał eTravel do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jak stwierdzono powyżej, w odniesieniu do zarzutów nr 1, 3 i 4, Przystępujący nie udzielił wyjaśnień pozwalających na ocenę realności zaoferowanej ceny. Tym samym, nie było możliwe ustalenie, czy cena jest rażąco niska czy też nie. Stąd też, jak wskazano powyżej, zasadnym było odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, który sankcjonuje m.in. właśnie sytuację braku złożenia wyjaśnień. Inaczej niż w przypadku złożenia wyjaśnień, których ocena pozwala na stwierdzenie, że oferta zawiera rażąco niską cenę,
w okolicznościach sprawy Zamawiający, jak i Izba dysponowała zbyt małą ilością informacji dla ustalenia kwestii

realności ceny oferty eTravel. Na podstawie złożonych wyjaśnień nie było również możliwym ustalenie, czy wszystkie składniki ceny zostały uwzględnione i czy oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny.
Reasumując, w okolicznościach niniejszej sprawy postawienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 ustawy Pzp nie mogło być skuteczne i zarzut ten podlega oddaleniu, jakkolwiek oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.
Ad zarzutu 5 - naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw.
z art 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk).

Odwołujący podnosił, że Zamawiający niezasadnie uznał za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych
w dniach 12.12.2018 r. i 3.01.2019 r. oraz ich załączników, a także zastrzeżenia części wezwania do wyjaśnień skierowanego w dniu 18.12.2018 r. do eTravel.
W ocenie Izby omawiany zarzut nie potwierdził się. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że z okoliczności sprawy, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie wynika, ażeby zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa odnosiło się jedynie do załączników pisma z dnia 12.12.2018 r., a nie do samej treści wyjaśnień. Treść uzasadnienia rzeczonego zastrzeżenia wprost wskazuje, że „część naszych wyjaśnień, stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa znajduje się na stronach od 3 do 6 niniejszego pisma oraz w załącznikach". Z kolei w części merytorycznej uzasadnienia Przystępujący wskazuje na poufny charakter informacji wynikających z umów handlowych. Na tych informacjach zaś opierały się wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zawarte w piśmie Przystępującego. Nie sposób zatem uznać, że skoro eTravel
w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powołał się jedynie na poufny charakter umów handlowych, to tym samym zaniechał uzasadnienia zastrzeżenia samych wyjaśnień. Należy podkreślić – Przystępujący uzasadnił zastrzeżenie informacji wynikających z umów handlowych, które stanowiły główną treść złożonych wyjaśnień, wobec czego ww. uzasadnienie znajduje zastosowanie również do rzeczonych wyjaśnień.
Oceniając zasadność zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, należało wziąć pod uwagę poniższe. Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie
o udzielenie zamówienia jest jawne. Art. 8 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Do tajemnicy przedsiębiorstwa wprost odnosi się art.
8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.
Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419, w brzmieniu po zmianie wprowadzonej ustawą z dnia 5 lipca 2018 r. – Dz.U. z 2018 r., poz. 1637, dalej jako uznk), przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.
Mając na uwadze powołane powyżej przepisy, należy uznać, że Przystępujący zobowiązany był wykazać, że zastrzegane informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, że mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny bądź inny i posiadają wartość gospodarczą i że jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne oraz że podjął działania w celu utrzymania ich w poufności.
Jak wynika art. 8 ust. 3 ustawy Pzp – obowiązek wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, aktualizuje się w momencie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – co, *per analogiam,* należy odnieść do chwili składania również innych dokumentów, jeżeli zastrzeżenie obejmujące te dokumenty, nie zostało wcześniej złożone i wykazane. Mając na uwadze powyższe, analizie należy poddać uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone wraz z zastrzeżonymi informacjami, jako dokument, na podstawie którego Zamawiający podjął decyzję o uznaniu zastrzeżenia za zasadne.
W ocenie Izby decyzja Zamawiającego w tym przedmiocie była prawidłowa. Składane przez Przystępującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny dotyczyły informacji spełniających przesłanki określone w art. 11 ust. 2 uznk. Przystępujący wykazał tę okoliczność w piśmie
z dnia 12.12.2018 r., uzasadnienie zastrzeżenia korespondowało również z treścią umów, na które Przystępujący się powoływał w zakresie ich poufności. Pomimo, iż omawiane uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa było bardzo zwięzłe, to należy uznać, że eTravel wykazała zasadność zastrzeżenia, powołując się na wszystkie niezbędne elementy. Omawiane uzasadnienie zastrzeżenia ściśle koresponduje z informacjami, których dotyczy. Nie budzi wątpliwości, że zastrzeżone informacje miały charakter informacji handlowych, wprost bowiem wskazywały na warunki współpracy z kontrahentami. Przystępujący wskazał także na okoliczności uzasadniające przydanie zastrzeżonym informacjom wartości gospodarczej - pozwalają one bowiem na ustalenie możliwości ofertowania Przystępującego, wynegocjowane przez niego warunki umów jak również samo posiadanie umów o określonej treści z konkretnymi podmiotami. Należy przy tym dodać, że Odwołujący nie wykazał, by publicznie znaną, bądź dostępną dla osoby zajmującą się takimi informacjami, była lista partnerów handlowych Przystępującego. Nie można bowiem uznać, że złożony w toku rozprawy dowód nr 3 – wykaz używanych przez wykonawcę globalnych systemów GDS pozwalał na ustalenie takiej listy. Jak zasadnie wskazał Zamawiający oraz Przystępujący, rzeczony wykaz dotyczył nie samej eTravel, ale konsorcjum, którego była członkiem. Nadto, dotyczył on jedynie systemów GDS, nie zaś wszystkich partnerów handlowych eTravel. Przystępujący wskazał także na działania przedsięwzięte celem zachowania poufności omawianych informacji.
W wyniku dokonanej analizy samej treści wyjaśnień zaoferowanej ceny, Izba doszła do przekonania, iż rzeczywiście informacje tam przedstawione mają charakter, o którym mowa
w art. 11 ust. 2 uznk. W całości opierają się one o informacje wynikające z załączonych umów handlowych, takie jak wysokość cen, upustów, prowizji oraz zasady ich przyznawania. Wobec powyższego Izba uznała, że Zamawiający zasadnie uznał skuteczność zastrzeżenia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień ceny wraz z załącznikami i w tym zakresie zarzut naruszenia art. 8 ustawy Pzp się nie potwierdził. Powyższe analogicznie odnosi się do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w piśmie z dnia 3.01.2019 r. Przystępujący

w rzeczonym piśmie powołał się na uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy złożone wraz
z wyjaśnieniami z dnia 12.12.2018 r., co wobec tożsamości zastrzeganych informacji, należało uznać za wystarczające.
Reasumując, zarzut niezasadnego uznania za skuteczne dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należało uznać za bezzasadny. Przystępujący spełnił wszystkie wymogi formalne uznania zastrzeżenia za skuteczne,
a zastrzeżone informacje rzeczywiście posiadały charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym zakresie zatem nie doszło do naruszenia zasady jawności postępowania określonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.
Niezależnie od powyższego, należy stwierdzić, że Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady jawności poprzez zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa części skierowanego do Przystępującego wezwania z dnia 18.12.2018 r.
W ocenie Izby możliwym było sformułowanie rzeczonego wezwania bez bezpośredniego powoływania się na informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający mógł nie ujawniać konkretnych liczb, jak również wskazać elementy wyjaśnień, na które się powoływał, w sposób pośredni, np. poprzez ich umiejscowienie w piśmie Przystępującego. W ocenie Izby Zamawiający nie dochował należytych starań celem dochowania zasady jawności i tym samym dopuścił się naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Jednakże, wobec zaistniałego sposobu sformułowania rzeczonych wezwań – tj. szerokiego przywołania informacji skutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa Przystępującego, Izba nie nakazuje odtajnienia przedmiotowego pisma, bowiem stałoby to w sprzeczności z prawnie chronionym interesem wykonawcy eTravel. Wobec braku wpływu na wynik postępowania omówionego naruszenia Pzp przez Zamawiającego, nie mogło ono również stanowić podstawy uwzględnienia zarzutu.
Ad zarzutu nr 6 – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Odwołujący przedmiotowy zarzut opierał o okoliczność, iż Przystępujący pismem, które wpłynęło do Zamawiającego w dniu 18.12.2018 r., przedłużył termin związania ofertą do dnia 22.02.2019 r., nie przedkładając jednocześnie gwarancji wadialnej ważnej do nowego terminu związania ofertą. Gwarancja ta została przekazana Zamawiającemu w dniu 20.12.2018 r.
Z powyższego wywodzi, że Zamawiający nie posiadał władztwa nad wadium eTravel
w pełnym zakresie przez dwa dni, wobec czego oferta Przystępującego nie była w tym czasie prawidłowo zabezpieczona wadium.
W ocenie Izby zarzut ten nie potwierdził się. Artykuł 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeśli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione
w sposób nieprawidłowy. Przedłużenia terminu związania ofertą dotyczy art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, iż jest to dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Dla oceny zasadności zarzutu kluczowym jest, że poprzednio złożona gwarancja wadialna obowiązywała do dnia 25.12.2018 r. – jednocześnie był to termin związania ofertą.
W konsekwencji nie nastąpiła przerwa w zabezpieczeniu oferty wadium, gdyż zmiana ww. gwarancji wpłynęła do Zamawiającego w dniu 20.12.2018 r., czyli w okresie ważności gwarancji w jej poprzednim brzmieniu, a także przed rozpoczęciem biegu terminu wydłużonego związania ofertą, którego zmiana gwarancji miała dotyczyć. Okoliczność, iż przez dwa dni termin związania ofertą był wydłużony, a Zamawiający nie dysponował gwarancją wadialną na ten wydłużony okres nie wpływa w żaden sposób zabezpieczenie interesów Zamawiającego w tym czasie, co stanowi istotę wadium. Izba podziela dotychczasowe stanowisko orzecznictwa, iż art. 85 ust. 4 ustawy Pzp należy rozumieć w ten sposób, że jednoczesność przedłużenia terminu związania ofertą i przedłużenia okresu ważności wadium polegać ma na tym, aby czynności te nastąpiły w takim czasie, ażeby związanie ofertą i zabezpieczenie oferty ważnym wadium były spełnione jednocześnie
i w sposób nieprzerwany (por. np. wyrok KIO z dnia 11.03.2011 r., KIO 385/11, z 21.05.2013 r., KIO 1007/13, z 18.11.2013 r., KIO 2576/13). W szczególności zwrócić należy uwagę na wyrok z dnia 29.03.2013 r. w sprawie KIO 524/13, który dotyczył analogicznej sytuacji i gdzie odwołujący prezentował bardzo zbliżoną argumentację – w powołanej sprawie Izba również uznała, że wobec braku przerwania zabezpieczenia oferty wadium nie zachodzi brak prawidłowego zabezpieczenia oferty wadium.
Z uwagi na dokonaną powyżej ocenę stanu faktycznego i prawnego, zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp należało uznać za bezpodstawny i jako taki podlegający oddaleniu.
Ad zarzutu 7 – naruszenia art. 192 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 185 ust. 6 ustawy Pzp a contrario poprzez nieprawidłową realizację przez Zamawiającego wyroku KIO z 9.11.2018 r. w sprawie KIO 2164/18.
Odwołujący podnosił, iż wbrew nakazowi zawartemu w ww. wyroku KIO, Zamawiający wykonał go jedynie formalnie – tj. nie dokonał realnej oceny złożonych przez Przystępującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pomimo dwukrotnego wzywania wykonawcy w tym zakresie.
Mając na uwadze okoliczności sprawy, zarzut ten należy uznać za niepotwierdzony. Odwołujący nie wykazał, ażeby Zamawiający nie dokonywał oceny wyjaśnień Przystępującego. Okoliczność, iż po otrzymaniu pierwszych wyjaśnień (z dnia 12.12.2018 r.) Zamawiający wezwał Przystępującego ponownie, wskazuje na to, że zapoznał się
z wyjaśnieniami eTravel oraz je ocenił. Należy zważyć, że – co oczywiste – Izba w wyroku KIO 2164/18 nie wskazała, jaki ma być wynik powtórnej oceny ofert. Tymczasem przedmiotowy zarzut należy rozpatrywać właśnie jako kolejną próbę podważenia dokonanej przez Zamawiającego dokonanej oceny ofert. W tym zakresie z kolei należy odesłać do rozważań dotyczących zarzutu nr 2 i 9, a także 1, 3 i 4.
Reasumując, brak jest podstaw dla stwierdzenia, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 192 ust. 3 ustawy Pzp.
Ad. zarzutu 8 – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 uznk.
Odwołujący wywodził, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji wobec manipulowania cenami – tj. oferowania stawki 0,00 zł tytułem opłaty transakcyjnej i w ten sposób utrudniania innym wykonawcom dostępu do rynku.
Wobec okoliczności, iż jak wskazała Izba w odniesieniu do zarzutu nr 2 i 9,
w okolicznościach sprawy nie było możliwym ustalenie, czy zaoferowane przez Przystępującego stawki są realne, nie jest także możliwą ocena złożenia oferty zawierającej te stawki jako czynu nieuczciwej konkurencji. Przedmiotowy zarzut opiera się założenie, że rzeczone stawki i cena są rażąco niskie, zatem wobec dokonanej oceny zarzutu rażąco niskiej ceny, Izba stwierdza jego bezpodstawność i uznaje, że podlega oddaleniu.
Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień

publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).
O zasądzeniu kosztów zastępstwa przed Izbą na rzecz Odwołującego Izba orzekła na podstawie przedłożonej faktury, zgodnie z § 3 ust. 2 pkt b rozporządzenia.

Przewodniczący:

……