

**WYROK**  
**z dnia 15 września 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę: eTravel S.A., al. Jerolimskie 142B, 02-305 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Ministerstwo Spraw Zagranicznych al. J. Ch. Szucha 23, 00-580 Warszawa,

**przy udziale wykonawcy: WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k., Kielnarowa 108 A, 36-020 Tyczyn**

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: eTravel S.A., al. Jerolimskie 142B, 02-305 Warszawa, i:**

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: eTravel S.A., al. Jerolimskie 142B, 02-305 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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:**

**Uzasadnienie**

Zamawiający: Ministerstwo Spraw Zagranicznych, z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „kompleksową obsługę podróży służbowych krajowych i zagranicznych pracowników MSZ w zakresie rezerwacji i wykupu biletów lotniczych, kolejowych, rezerwacja i zakup usług hotelowych w kraju i za granicą”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 maja 2020 r. pod numerem 2020/S 096-229592.

Zamawiający pismem z dnia 3 sierpnia 2020 r. poinformował wykonawców, w tym wykonawcę eTravel S.A., o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k. jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Wykonawca, eTravel S.A., z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec:

- 1) zaniechania odtajnienia części oferty WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k. (dalej: „WNT”) w zakresie utajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty, podczas gdy wyjaśnienia te rzeczywiście nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2018 poz. 419, dalej: „uznk”), zaś wykonawca WNT nie wykazał przesłanek koniecznych dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i informacje te winny podlegać odtajnieniu, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 uznk;
- 2) nieuprawnionym, wielokrotnym wzywaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty WNT, co doprowadziło do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu oraz nieodrzucenia oferty WNT, która zawierała rażąco niską cenę, co stanowi naruszenie art. 90 ust. 1, 2, 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp;
- 3) błędnej ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty i wyborze oferty WNT zamiast dokonania czynności odrzucenia oferty WNT z uwagi na rażąco niską cenę oferty, w sytuacji gdy złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena oferty WNT nie jest rażąco niska, co stanowi naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp;

4)wyborze oferty WNT jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu, co stanowi naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty WNT jako najkorzystniejszej;
- 2)odtajnienia oferty WNT w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny;
- 3)powtórzenia czynności oceny ofert;
- 4)odrzucenia oferty WNT;
- 5)dokonania wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu - oferty Odwołującego. Ponadto, Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Odwolujący wyjaśnił, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Działania i zaniechania Zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem mogą uniemożliwić mu uzyskanie zamówienia. Odwołujący ze względu na złożenie oferty jest uczestnikiem postępowania, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu, zgodnie z przedstawioną przez Zamawiającego oceną ofert w postępowaniu.

Ad 1) Zarzut zaniechania odtajnienia części oferty WNT w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny

Odwolujący wskazał, że zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp 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.

W ocenie Odwołującego, nieodtajnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez WNT objętych niniejszym odwołaniem narusza elementarną zasadę prawa zamówień publicznych sformułowaną w art. 7 ust. 1 Pzp, stanowiącą, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. A zatem poprzez zaniechanie odtajnienia informacji zastrzeżonych przez WNT jako tajemnica przedsiębiorstwa Zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk, jak również art. 96 ust. 3 Pzp.

Zdaniem Odwołującego, informacje w zakresie opisanym w odwołaniu zostały zastrzeżone przez WNT jako tajemnica przedsiębiorstwa niezasadnie, w celu utrudnienia, a właściwie uniemożliwienia weryfikacji złożonej oferty przez Odwołującego. Zamawiający błędnie uznał dokonane zastrzeżenie za skuteczne.

Bezpodstawne utrudnienie Odwołującemu dostępu do informacji w postępowaniu nie pozwala na urzeczywistnienie zasady jawności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a tym samym narusza art. 8 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwolujący podkreślił, że art. 8 ust. 3 Pzp nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania spełniania przez objęte ochroną informacje przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 uznk. Wykonawca winien bez wezwania udowodnić Zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji.

Zdaniem Odwołującego, w okolicznościach tej sprawy brak jest podstaw prawnych do uznania wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu uznk. Zgodnie z treścią art. 11 ust. 2 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. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. w sprawie o sygn. akt I CKN 304/00. Zamawiający dla zapewnienia realizacji nadrzędnej zasady jawności postępowania, a przy tym także zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, ma obowiązek każdorazowego weryfikowania zastrzeżenia tajności złożonych przez wykonawców informacji. Rolą Zamawiającego w takim przypadku jest przeprowadzenie każdorazowo indywidualnego badania, mającego na celu ustalenie istnienia podstaw prawnych i faktycznych takiego zastrzeżenia. Odwołujący przywołał w tym miejscu stanowisko KIO potwierdzone wyrokiem z dnia 9 lipca 2018 r., sygn. akt: KIO 1234/18, KIO 1276/18.

Biorąc pod uwagę zakres dokonanego przez WNT zastrzeżenia, Odwołujący nie ma wiedzy czy wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego, Zamawiający zbyt pochopnie i bezkrytycznie

przyjął zasadność utrzymania tajności złożonych przez WNT wyjaśnień.

Odwołujący podkreślił, że nawet w razie spełnienia przesłanek uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, nie zawsze jest to równoznaczne z koniecznością zastrzegania całych dokumentów, i to nie całe dokumenty powinny zostać utajnione, a poszczególne zawarte w nich informacje i to przy łącznym spełnieniu przesłanek kwalifikujących je jako informacje o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa. Takie stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 maja 2015 r. KIO 807/15.

W ocenie Odwołującego, WNT nie sprostął wykazaniu, że zastrzeżone informacje w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk. Przedstawione przez WNT zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest lakoniczne, oparte jedynie na twierdzeniach i nie poparte żadnymi dowodami. Tak przedstawione zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być podstawą do uznania, że informacje te zostały zastrzeżone skutecznie.

Zamawiający, oceniając tak sformułowane zastrzeżenie, nie jest w stanie ocenić, czy WNT faktycznie takie działania podjął, bowiem w żaden sposób tego nie wykazał.

Przedstawienie dowodów na potwierdzenie podjęcia działań w celu utrzymania w tajemnicy zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji ma fundamentalne znaczenie dla oceny, czy wykonawca faktycznie chroni tego typu informacje przed dostępem do nich osób trzecich. Zdaniem Odwołującego, WNT takich dowodów w ogóle nie przedstawił, a ponadto w załączonych do wyjaśnień dowodach na potwierdzenie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny nie ma zdaniem Odwołującego postanowień dotyczących zachowania w tajemnicy informacji objętych umowami, np. umowy o pracę, umowy z kontrahentami. Potwierdza to, że oświadczenia WNT o podejmowanych przez tego wykonawcę działaniach w celu utrzymania w tajemnicy informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistości. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 23 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2295/18 oraz wyrok z dnia 16 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 200/18.

Mając na względzie powyższe, należy uznać, że Zamawiający nienależycie ocenił, że WNT skutecznie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 3 lipca 2020 r.

Ad 2) Zarzut nieuprawnionego wielokrotnego wzywania WNT do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny

Wykonawca WNT zaoferował za wykonanie przedmiotu zamówienia kwotę 240,00 zł brutto, która to kwota w znaczący sposób odbiega od wartości szacunkowej Zamawiającego przeznaczonej na realizację zamówienia. Dodatkowo, cena oferty WNT jest niższa od średniej arytmetycznej cen pozostałych złożonych w postępowaniu ofert o 95%.

Zamawiający słusznie powziął zatem wątpliwości co do realności zaoferowanej przez WNT ceny i w dniu 26 czerwca 2020 r. wezwał wykonawcę na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami na potwierdzenie, że cena oferty nie jest rażąco niska, wskazując, szczegółowo jakie elementy mają zawierać wyjaśnienia.

Wykonawca WNT w dniu 3 lipca 2020 r. przesłał do Zamawiającego wyjaśnienia, które w ocenie Odwołującego były niepełne i nie zawierały wszystkich wymaganych przez Zamawiającego informacji, na co wskazuje powtórne wezwanie WNT do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 13 lipca 2020 r. Odwołujący wskazał, że Zamawiający zastosował tę samą podstawę prawną wezwania oraz wezwał do wyjaśnienia tego samego elementu, który WNT było zobowiązane szczegółowo wyjaśnić w odpowiedzi na pierwsze wezwanie. Odwołujący podkreślił, że w pierwszym wezwaniu Zamawiający wprost żądał wykazania, że w cenie opłat transakcyjnych WNT uwzględnił koszt usług transportowych.

Mimo jednoznacznego wezwania, WNT nie sprostął ww. obowiązкови, na co wskazuje treść powtórnego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w którym Zamawiający zapytał o ten sam wskazany wyżej element ceny zaoferowanej przez WNT. Treść tego wezwania wskazuje, że wyjaśnienia WNT w tym zakresie były nierzetelne i nie przekonały Zamawiającego, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a tym samym WNT nie sprostął obowiązкови i nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Tym bardziej, że wycena kosztów transportu w odniesieniu do postanowień SIWZ jest niezwykle istotna, bowiem, to na wykonawcy ciąży koszt pokrycia kosztów usług transportowych.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w sposób nieuprawniony skierował do WNT ponowne wezwanie o złożenie wyjaśnień zaoferowanej ceny, powołując się na tę samą podstawę prawną, tj. art. 90 ust. 1 Pzp, ten sam zakres, jak w wezwaniu z dnia 26 czerwca 2020 r.

Zamawiający w treści wezwania z dnia 13 lipca 2020 r. wprost wskazał, że ma wątpliwości co do udzielonych przez WNT wyjaśnień, a wątpliwości te wynikają z faktu, że udzielone wyjaśnienia we wskazanym zakresie są ogólne oraz wynika z nich, jak i z treści wezwania, że WNT nie przedstawił dowodów na potwierdzenie zawarcia umów z przewoźnikami mogącymi zrealizować usługę transportu pracowników Zamawiającego. Zatem nie sposób uznać, że treść udzielonych wyjaśnień mogła być podstawą ponownego wezwania do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez WNT ceny, co do jednego z elementów, o których szczegółowe wyjaśnienie

zwracał się Zamawiający.

Odwolujący powołał się na orzecznictwo, zgodnie z którym, ponowne wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest wyjątkiem od zasady jednokrotnego wezwania i może być stosowane w szczególnych okolicznościach, takich jak chociażby potrzeba uszczegółowienia złożonych wyjaśnień w konkretnym zakresie, ale tylko takim, które budzą dalsze wątpliwości zamawiającego. Nie jest dopuszczalne ponowne wezwanie w tym samym zakresie w sytuacji, gdy pierwsze wyjaśnienia okazują się ogólnikowe i nie są poparte stosownymi dowodami. Tego typu ponowne wezwanie prowadzi bowiem do udzielenia wykonawcy „drugiej szansy”, co prowadzi do naruszenia podstawowej zasady wskazanej w art. 7 ust. 1 Pzp. (wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2019 r., sygn. KIO 1056/19, wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2019 r., sygn. KIO 1524/19). Zamawiający po otrzymaniu pierwszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny WNT, które były niepełne i nie potwierdzały, że zaoferowana przez WNT cena nie jest rażąco niska, miał obowiązek uznać, że wykonawca ten nie sprostął wymaganiom określonym w wezwaniu i ustawie Pzp oraz stwierdzić, że zaoferowana cena jest rażąco niska i w konsekwencji odrzucić ofertę WNT.

Ad 3) Zarzut błędnej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty i wybór oferty WNT zamiast odrzucenia oferty WNT.

Odwolujący wyjaśnił, że z ostrożności, w przypadku, gdyby Izba uznała za niezasadny zarzut formalny w postaci wielokrotnego, nieuprawnionego wzywania WNT do wyjaśnień - rażąco niskiej ceny, podnosi, że oferta złożona przez wykonawcę WNT zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający obligatoryjnie odrzuca ofertę, jeżeli oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwolujący wskazał, że zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny oraz jednolitym w tym zakresie orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, pod mianem „rażąco niskiej ceny” określa się ceną niewiarygodną i nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych dla danej usługi, dostawy lub roboty budowlanej. Jak orzekł Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt: XIX Ga 3/07), cena rażąco niska to cena nie tylko odbiegająca od ceny rynkowej, ale i taka cena, za którą nie można wykonać danego zamówienia, przy założeniu, że wykonawca zastosował wszelkie możliwe oszczędności. Przykładem ceny nierealistycznej może więc być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia czy też usług poniżej kosztów ich wykonywania. Odwołujący przywołał także opinię prawną Urzędu Zamówień Publicznych pn. „Rażąco niska cena”, wskazując, że w przedmiotowej sprawie cena WNT ma taki charakter.

Odwolujący podkreślił, że cena oferty WNT jest aż o 95% niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Powołując się na swoje wieloletnie doświadczenie na rynku usług rezerwacyjnych, wskazał, że wykonanie zamówienia w zakresie określonym przedmiotem zamówienia, w obecnie panującej sytuacji gospodarczej oraz przy uwzględnieniu specyficznych wymagań Zamawiającego, za cenę zaoferowaną przez WNT w zakresie:

- 1) rezerwacji biletu lotniczego krajowego,
- 2) rezerwacji biletu lotniczego zagranicznego,
- 3) rezerwacji biletu kolejowego krajowego,
- 4) rezerwacji biletu kolejowego zagranicznego, jest niemożliwe.

Zaoferowana przez WNT cena jest nierealna i przy zachowaniu wszelkich rynkowych reguł i należytej staranności realizacja zamówień wykonawczych za wskazaną przez ww. wykonawcę cenę byłaby nierentowna i nieopłacalna. Należy pamiętać, że zaoferowana cena ma zagwarantować wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami opisanymi w SIWZ (jakość realizacji, szczególne wymagania Zamawiającego itp.), w dodatku w sytuacji gospodarczej związanej z epidemią COVID-19, która w szczególny sposób dotknęła branżę usług rezerwacyjnych i turystycznych. Według jego najlepszej wiedzy, w przypadku WNT nie występują żadne szczególne okoliczności, które umożliwiłby w obliczu epidemii zaoferowanie tak niskiej ceny, co wskazuje, że cena została nieodpowiednio skalkulowana.

Istotne z punktu widzenia realności zaoferowanej w postępowaniu ceny są wymagania Zamawiającego w zakresie usług rezerwacyjnych. Zamawiający w pkt 11.7 SIWZ wymagał:

„W cenie opłaty transakcyjnej wskazanej w pkt 11.5 ppkt a) należy uwzględnić również koszt usług transportowych na trasie: siedziba Zamawiającego - Lotnisko Chopina Warszawa - siedziba Zamawiającego.” Zamawiający wprost oczekiwał, aby zaoferowana cena zawierała w sobie dodatkowo koszt usług transportowych, nie jak w pozostałych przypadkach tylko koszt usług rezerwacji usług transportowych, a zatem cena ta winna uwzględniać rzeczywisty koszt usługi transportowej na wskazanej przez Zamawiającego trasie.

Wobec powyższego, zaoferowanie ceny za usługę rezerwacji biletów lotniczych musiało obejmować również koszt usług transportowych z siedziby Zamawiającego na lotnisko oraz z lotniska do siedziby Zamawiającego, który to koszt z pewnością nie wynosi 0,01 zł, a zgodnie z postanowieniami SIWZ, musi zostać realnie pokryty przez wykonawcę.

Odwołujący zaznaczył, że niedopuszczalne jest, aby wykonawca wymaganie w zakresie kosztów transportu pokrywał z ewentualnego przychodu z innych wycenianych elementów przedmiotu zamówienia. Może bowiem się okazać, że Zamawiający w ogóle nie dokona rezerwacji w innym zakresie niż rezerwacje biletów lotniczych, co doprowadzi do sytuacji, w której w wyniku realizacji umowy, wykonawca ten poniesie straty.

Ponadto, z wezwania Zamawiającego z dnia 13 lipca 2020 r. wynika wprost, że WNT określił koszt przejazdu od Zamawiającego na lotnisko na kwotę 20 zł, zatem łączny koszt przejazdu to 40 zł w obie strony. Niemożliwe jest zatem, aby inne dochody z realizacji usług rezerwacji biletów lotniczych pozwoliły WNT na pokrycie kosztów transportu.

Odwołujący stwierdził, że jako podmiot doświadczony na rynku usług rezerwacyjnych, ma wiedzę na temat dodatkowych dochodów, jakie mogą osiągać podmioty działające na rynku. W przypadku usług rezerwacyjnych na bilety lotnicze są to prowizje otrzymywane od linii lotniczych. Jednak prowizje te wypłacane są tylko i wyłącznie w przypadku rosnącej liczby sprzedaży biletów z roku na rok. Zatem, jeżeli sprzedaż biletów w danym roku spada, agent nie otrzymuje prowizji. Ponadto, w związku z obecną sytuacją wywołaną epidemią COVID-19 oraz wstrzymaniem na blisko 3 miesiące wszystkich lotów z Polski i do Polski, żaden z podmiotów działających na rynku nie ma już szans na uzyskanie tych prowizji.

Zdaniem Odwołującego, WNT w złożonych wyjaśnieniach nie był w stanie wykazać, że mimo obecnej sytuacji gospodarczej otrzyma jakiegokolwiek prowizje od linii lotniczych, które pozwalałyby na pokrycie kosztów usług rezerwacyjnych biletów lotniczych oraz osiągnięcie zysku. Dodatkowo, WNT z pewnością nie uwzględnił ryzyka związanego z ponownym wprowadzeniem ograniczeń związanych z lotami, co będzie miało bezpośredni wpływ na ilość rezerwacji dokonywanych przez Zamawiającego. W obecnej sytuacji i wobec wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ, nie było możliwe zaoferowanie ceny na poziomie 0,01 zł. Wszystkie wskazane wyżej okoliczności potwierdzają, że zaoferowana przez WNT cena jest rażąco niska, co zobowiązywało Zamawiającego do odrzucenia oferty WNT.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, że z racji utajnienia wyjaśnień WNT jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiający powinien dokonać ich właściwej oceny. Jednocześnie nie jest dopuszczalnym obarczenie wyłącznie Odwołującego ciężarem dowodu co do wykazania, że cena oferty WNT jest rażąco niska. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2014 r. sygn. akt: KIO 2875/13.

Ad 4) Zarzut wyboru oferty WNT jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta podlega odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty WNT jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że WNT nie wykazał, że złożona przez tego wykonawcę oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz ze względu na fakt, że jest to cena rażąco niska, co Odwołujący wykazał w uzasadnieniu odwołania.

Wykonawca WhyNotTravel sp. z o.o. sp.k. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego. Przystępujący wyjaśnił, że złożona przez niego oferta została sklasyfikowana na pierwszym miejscu w postępowaniu, a uwzględnienie odwołania złożonego w niniejszej sprawie spowodowałoby pozbawienie Przystępującego możliwości uzyskania zamówienia. Przystępujący podniósł, że odwołanie jest całkowicie niezasadne. Wskazał, że Odwołujący eTravel S.A. utajnia swoje wyjaśnienia ceny w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dokładnie w tym samym zakresie, co Przystępujący i stosuje zbliżoną politykę cenową, oferując, nawet w trakcie pandemii, wykonanie zamówień publicznych za 0,01 zł.

Zamawiający, pismem z dnia 9 września 2020 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Podniósł, że wbrew twierdzeniu Odwołującego, wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 3 sierpnia 2020 r. został dokonany zgodnie z ustawą Pzp oraz ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 z późn. zm.).

1. Zarzut zaniechania odtajnienia oferty WNT w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Zamawiający zauważył, że w świetle art. 8 ust. 3 Pzp, są istotne dwa elementy skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. moment zastrzeżenia i konieczność wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Zamawiającego, wykonawca WNT dokonał zastrzeżenia we właściwym momencie. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 26 czerwca 2020 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty i treści oferty, tj. w piśmie z dnia 3 lipca 2020 r. wykonawca WNT zastrzegł, że konkretne wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z orzecnictwem KIO (wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2017 r. sygn.

akt KIO 686/17), zasadność zastrzeżenia informacji w odniesieniu do dokumentów przedstawianych na późniejszych etapach postępowania musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu.

Zamawiający wyjaśnił, że dokonał wnikliwej analizy prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy i uznał, że zastrzeżone przez WNT informacje wypełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk. Sporządzone przez wykonawcę WNT wyjaśnienia przesłanki zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w ocenie Zamawiającego, są przekonujące, spójne i logiczne. Wskazują na konkretne obszary, które mają charakter organizacyjny oraz stanowią wartość gospodarczą. Przykładowo będą to warunki współpracy z partnerami i uzyskiwane od nich prowizje, sposoby utrzymania i zwiększania prowizji uzyskiwanych od partnerów, wysokość kosztów ponoszonych przez wykonawcę, w tym kosztów pracy wykwalifikowanego personelu. Dane te nie są znane konkurencji, a wykonawca podjął niezbędne działania zmierzające do zachowania ich w poufności, jak np. odpowiednie klauzule w umowach o pracę, umowach o zakazie konkurencji. Z kolei odtajniasjąc informacje dotyczące personelu wykonawcy WNT widzi ryzyko możliwości podkupienia wykwalifikowanej kadry przez konkurencję.

Zamawiający wskazał, że kwestia zasadności utajnienia informacji przedsiębiorstwa to nie kwestia rodzaju informacji, tylko jej znaczenia dla przedsiębiorstwa, której ujawnienie może narazić na straty danego wykonawcę. Dlatego, w ocenie Zamawiającego, załączona indywidualna kalkulacja kosztów i przychodów stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i nie może zostać ujawniona bez szwanku dla interesów wykonawcy WNT.

2. Zarzut nieuprawnionego, wielokrotnego wzywania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy WNT.

Zamawiający wyjaśnił, że zarzut „wielokrotnego” wzywania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy WNT jest niezgodny z prawdą. Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, w dniu 26 czerwca 2020 r. wezwał wykonawcę WNT do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, będącej łączną wartością opłat transakcyjnych w wysokości 240,00 zł brutto, jak i cen jednostkowych za rezerwację poszczególnych biletów lotniczych i kolejowych w wysokości 0,01 zł brutto.

Wykonawca WNT w dniu 3 lipca 2020 r. złożył szczegółową i wyczerpującą odpowiedź popartą kalkulacją kosztów, prowizji i przychodów z realizacji zamówienia. Odpowiedź zawierała też kalkulację dotyczącą kosztu transportu samochodowego. W tym zakresie wątpliwości Zamawiającego wzbudziła różnica pomiędzy zaproponowaną przez WNT stawką 20,00 zł za kurs w jedną stronę, a ceną w obecnie obowiązującej umowie Zamawiającego z Polskimi Liniami Lotniczymi LOT S.A., tj. 50,00 zł. Zamawiający uznał za właściwe dopytanie w tym zakresie i wystosował do wykonawcy WNT kolejne wezwanie (pismo z dnia 13 lipca 2020 r. Dodatkowo, Zamawiający poprosił o informacje na temat firm, z którymi W NT ma podpisane umowy w zakresie usług transportowych, poza firmą Uber. Zamawiający nie oczekiwał wskazania na tym etapie umów z przewoźnikami, którzy będą obsługiwać Zamawiającego, co próbuje narzucić Odwołujący. Co więcej, Zamawiający nie miał podstaw, aby żądać od wykonawcy WNT takich umów.

Zamawiający stwierdził, że ponowne wezwanie było uzasadnione, ponieważ zaistniała potrzeba uszczegółowienia złożonych wcześniej wyjaśnień przez WNT w konkretnie określonym zakresie, który wzbudził wątpliwości Zamawiającego (wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 480/19). W tej sytuacji wyciąganie negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy byłoby nieuprawnione.

3. Zarzut błędnej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty i wyboru oferty wykonawcy WNT zamiast dokonania czynności odrzucenia oferty.

Zamawiający w toku badania wyjaśnień wykonawcy WNT nie stwierdził rażąco niskiej ceny. Wykonawca przedstawił szczegółowe kalkulacje kosztów, przychodów i wykazał zysk. Przedstawione dowody wskazują, że cena jednostkowa 0,01 zł nie jest ceną nierealną, a ceną która występuje na rynku. Potwierdza to też oferta Polskich Linii Lotniczych LOT S.A., w której opłaty transakcyjne od jednej usługi za rezerwację biletu lotniczego krajowego, rezerwację biletu kolejowego krajowego, rezerwację biletu kolejowego zagranicznego, rezerwację hotelu krajowego i rezerwację hotelu zagranicznego, skalkulowano na poziomie 0,01 zł.

Zamawiający wskazał, że cena 0,01 zł była przedmiotem odwołania w poprzednio prowadzonym postępowaniu, o tym samym przedmiocie, w 2017 r. Wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2017 r. o sygn. akt KIO 1645/17, stwierdzający, że cena opłaty transakcyjnej w wysokości 0,01 zł we wskazanym postępowaniu nie mogła być ceną realną, został zaskarżony do Sądu Okręgowego w Warszawie, który w dniu 3 stycznia 2018 r. wydał wyrok o sygn. XXIII Ga 1547/17, zajmując odmienne stanowisko.

Zdaniem Zamawiającego, mając na uwadze ww. orzeczenie sądu okręgowego, aktualne orzecznictwo KIO oraz oferowane ceny w postępowaniach tego rodzaju na „rynku zamówień publicznych”, cena opłaty transakcyjnej za pojedynczą usługę w wysokości 0,01 zł nie jest ceną nierealną lub ceną niemożliwą. Wręcz przeciwnie, jest ceną realną i rynkową. Ponadto, wykonawca WNT w niniejszym postępowaniu wykazał, że przedmiotowa cena obejmuje wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia wynikające z SIWZ i zapewnia należyłą realizację przedmiotu zamówienia, a także umożliwia, po pokryciu wszystkich kosztów, osiągnięcie zysku. Zamawiający nie miał zatem podstaw, aby skutecznie i legalnie odrzucić ofertę WNT na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

4. Zarzut wyboru oferty wykonawcy WNT jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta powinna podlegać odrzuceniu. Zamawiający stwierdził, że wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie naruszył przepisów ustawy Pzp. Oferta wykonawcy WNT nie podlega odrzuceniu z wyżej wskazanych powodów, a wykonawca wykazał, że cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca WhyNotTravel sp. z o.o. sp.k. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 u.znk, przez zaniechanie odtajnienia części oferty WNT w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp 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 powyższy nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania spełnienia przez objęte ochroną informacje przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 u.znk. Wykonawca ma obowiązek wraz ze złożeniem danych informacji Zamawiającemu przedstawić pełne uzasadnienie do zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, poprzez wykazanie spełnienia wszystkich przesłanek skuteczności takiego zastrzeżenia stosownie do brzmienia art. 11 ust. 2 u.znk.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 26 czerwca 2020 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty i treści oferty, tj. w piśmie z dnia 3 lipca 2020 r. wykonawca WNT zastrzegł, że konkretne wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W okolicznościach tej sprawy brak jest podstaw do stwierdzenia, że przedstawione przez wykonawcę WNT uzasadnienie nie potwierdza, że zastrzeżone informacje w wyjaśnieniach z dnia 3 lipca 2020 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego, tj. informacje podlegają ochronie w trybie ustawy.

Zgodnie z treścią art. 11 ust. 2 u.znk, 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.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że dokonana przez niego ocena zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę WNT zapewnia realizację nadrzędnej zasady jawności postępowania, a także w konsekwencji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców w prowadzonym postępowaniu. Zamawiający dokonał weryfikacji zastrzeżonych informacji, uznając, że informacje w zakresie opisanym w odwołaniu zostały zastrzeżone przez WNT jako tajemnica przedsiębiorstwa w sposób zasadny i zgodny z obowiązującymi przepisami ustawy. Nie ma żadnych podstaw do stwierdzenia, że zastrzeżenie części wyjaśnień w jakimkolwiek stopniu dyskryminuje Odwołującego w postępowaniu, ponieważ są to informacje ściśle związane z prowadzonym przez WNT przedsiębiorstwem oraz mają istotne znaczenie i wartość gospodarczą dla tego wykonawcy z punktu widzenia posiadanej pozycji na rynku.

Wykonawca WNT wykazał w sposób rzetelny i rzeczowy, że zastrzeżone informacje w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.znk. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało poparte przez ww. wykonawcę stosownymi dowodami. Zastrzeżenie dotyczy informacji o charakterze organizacyjnym, które stanowią istotną wartość gospodarczą dla wykonawcy, takie jak, w szczególności: indywidualne warunki handlowe w ramach stałej współpracy pomiędzy partnerami, wysokość uzyskiwanych prowizji, sposoby utrzymania i zwiększania prowizji uzyskiwanych od partnerów, wysokość

kosztów ponoszonych przez wykonawcę, w tym w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, kosztów personelu itp. Wykonawca WNT wykazał także, że zastrzeżone informacje nigdy nie zostały ujawnione konkurencji, gdyż wykonawca chroni te dane podejmując restrykcyjne działania zmierzające do zachowania ich w poufności, poprzez np. stosowne klauzule zawarte w umowach, w tym w umowach o pracę, w umowach o zakazie konkurencji, w umowach z partnerami biznesowymi.

Izba zważyła również, iż, jak wynika z wyjaśnień Przystępującego, którym Odwołujący nie zaprzeczył na rozprawie, wykonawcy na danym rynku, w tym również Odwołujący, skutecznie zastrzegają tego rodzaju informacje, tj. wyjaśnienia dotyczące ceny oferty, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Potwierdzeniem powyższego jest także fakt, że Odwołujący, składając na rozprawie do akt sprawy oświadczenia eTravel S.A. z dnia 8 września 2020r., a także umowę zawartą przez Odwołującego z Sabre z dnia 7 grudnia 2016r. wraz z aneksem, zastrzegł zawarte w tych dokumentach informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na względzie powyższe, Izba uznała, że Zamawiający należycie ocenił, że wykonawca WNT skutecznie zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 3 lipca 2020 r. Wobec powyższego, zachowanie zastrzeżonych informacji w poufności nie narusza art. 8 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art 90 ust. 1, 2, 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, przez nieuprawnione wielokrotne wzywanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty WNT.

Zamawiający w dniu 26 czerwca 2020 r. wezwał wykonawcę WNT na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty. Zamawiający szczegółowo opisał w wezwaniu powzięte wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz wynikającymi z odrębnych przepisów oraz w kontekście należytego wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności w stosunku do cen rynkowych i cen w postępowaniu.

Wykonawca WNT w dniu 3 lipca 2020 r. złożył szczegółowe wyjaśnienia sformułowane w odniesieniu do wszystkich zagadnień wskazanych przez Zamawiającego w ww. wezwaniu, jako budzących wątpliwości Zamawiającego. Wykonawca WNT przedstawił szczegółowe wyjaśnienia wraz z kalkulacją, uwzględniającą wymagania Zamawiającego i warunki realizacji zamówienia, w tym uwzględniając zmienione warunki rynkowe w okresie pandemii związanej z COVID - 19, z uwzględnieniem okresu realizacji umowy w ciągu 4 lat.

Powtórne wezwanie wykonawcy WNT do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 13 lipca 2020 r. jest wezwaniem, które miało na celu dodatkowe uszczegółowienie i wyjaśnienie dalszych wątpliwości Zamawiającego, które Zamawiający powziął w kontekście złożonych przez wykonawcę WNT wyjaśnień z dnia 3 lipca 2020 r.

Zamawiający w sposób uprawniony skierował do wykonawcy WNT ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny, powołując się na tę samą podstawę prawną, tj. art. 90 ust. 1 Pzp, ponieważ nadal podstawą wezwania były dalsze wątpliwości Zamawiającego. Zakres powyższego wezwania wskazuje jednoznacznie, że treść wezwania wynikała z potrzeby uszczegółowienia złożonych już wyjaśnień w wąskim zakresie, budzącym nowe (kolejne) wątpliwości Zamawiającego, tj. w zakresie przedstawionej kalkulacji dotyczącej kosztu transportu samochodowego w kontekście kosztów transportu przewidzianych w aktualnie realizowanej na rzecz Zamawiającego umowie. Zamawiający poprosił także o informacje na temat firm, z którymi WNT ma podpisane umowy w zakresie usług transportowych (poza firmą Uber). Zamawiający nie żądał przedstawienia umów z przewoźnikami, którzy będą obsługiwać Zamawiającego, co wprost wynika z treści wezwania, a co na tym etapie postępowania byłoby nieuprawnione.

W dniu 16 lipca 2020 r. wykonawca WNT przedłożył dodatkowe wyjaśnienia w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 13 lipca 2020 r.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że w stanie faktycznym tej sprawy nastąpiło nieuprawnione powtórne wezwanie wykonawcy WNT do złożenia wyjaśnień w kontekście rażąco niskiej ceny w takim samym zakresie jak w pierwszym wezwaniu, co stanowiłoby naruszenie art. 90 ust 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut naruszenia art. 90 ust 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, oraz art 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, przez błędną ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty i wybór oferty WNT jako najkorzystniejszej, zamiast odrzucenia tej oferty.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, podstawą do obliczenia ceny jest pełen zakres zamówienia, określony w Załączniku nr 1 do SIWZ, tj. w Opisie przedmiotu zamówienia oraz w Załączniku nr 2 do SIWZ - Istotnych Postanowieniach Umowy. Cena oferty powinna obejmować wszystkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z warunkami wynikającymi z ww. dokumentów.

Zamawiający w pkt 11 SIWZ, Opis sposobu obliczenia ceny wskazał zakres elementów, które zawierają się w rzeczywistym koszcie realizacji poszczególnych rodzajów świadczonych przez wykonawcę usług. Określono, iż opłata transakcyjna powinna zawierać w odniesieniu do:

a) biletów lotniczych krajowych i zagranicznych, w szczególności: koszt rezerwacji i wystawienia biletu, w tym wszelkie opłaty związane z zastosowanym sposobem opłacenia i zabezpieczenia rezerwacji (np. płatności kartą kredytową nie będą obciążały Zamawiającego

-całkowity koszt za wystawienie biletu musi zostać ujęty przez wykonawcę w opłacie transakcyjnej), dostawę biletu, oferowanie wariantów połączeń, przypominania o zbliżających się terminach wykupu biletów, zorganizowanie i zabezpieczenie kompleksowej realizacji przedmiotu umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami lokalnymi i krajów docelowych, koszty powtórzenia rezerwacji, zmiany rezerwacji, zwrotu biletu, wymiany biletu, odwołań i reklamacji, odprawy i wszelkie interwencje związane z obsługą przelotu oraz wszystkie inne koszty związane z należyтым i zgodnym z SIWZ wykonywaniem zamówienia,

b) biletów kolejowych krajowych i zagranicznych, w szczególności: koszt rezerwacji i wystawienia biletu, w tym wszelkie opłaty związane z zastosowanym sposobem opłacenia i zabezpieczenia rezerwacji (np. płatności kartą kredytową nie będą obciążały Zamawiającego

-całkowity koszt za wystawienie biletu musi zostać ujęty przez wykonawcę w opłacie transakcyjnej), dostawę biletu, oferowanie wariantów połączeń, przypominania o zbliżających się terminach wykupu biletów, zorganizowanie i zabezpieczenie kompleksowej realizacji przedmiotu umowy, zgodnie z obowiązującymi przepisami lokalnymi i krajów docelowych, koszty powtórzenia rezerwacji, zmiany rezerwacji, zwrotu biletu, wymiany biletu, odwołań i reklamacji, odprawy i wszelkie interwencje związane z obsługą przewozu oraz wszystkie inne koszty związane z należyтым i zgodnym z SIWZ wykonywaniem zamówienia.

Zgodnie z pkt 11.7 SIWZ, w cenie opłaty transakcyjnej wskazanej w pkt a wykonawca powinien uwzględnić koszt usług transportowych na trasie: siedziba Zamawiającego — Lotnisko Chopina Warszawa - siedziba Zamawiającego, a zgodnie z pkt 11.6 SIWZ, w cenie opłat transakcyjnych należy uwzględnić również koszty wykonawcy związane z prowadzeniem punktu sprzedaży biletów w siedzibie Zamawiającego. W szczególności koszt zatrudnienia dwóch osób (kasjerów biletowych) przez okres realizacji zamówienia, koszt czynszu i opłat eksploatacyjnych, a także koszt innych usług, do wykonania których wykonawca będzie zobowiązany w związku z realizacją zamówienia, zwłaszcza związanych z prowadzeniem „call center”, przygotowywaniem zestawień na żądanie zamawiającego, czy przetwarzaniem w imieniu Zamawiającego danych osobowych.

Jak wynika z protokołu postępowania (pkt 2.4), Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę: 55 465 766,96 zł netto. Kwota powyższa, po uwzględnieniu podatku VAT, stanowi całkowitą wartość przedmiotu umowy (świadczenia), bowiem rzeczywista cena rozumiana jako wynagrodzenie wykonawcy obejmuje również cenę usług nabywanych dla Zamawiającego. Kwota stanowiąca sumę opłat transakcyjnych i jednostkowa opłata transakcyjna są jedynie elementem tej wartości (ceny), co potwierdza treść orzeczenia Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 3 stycznia 2018 r. o sygn. XX11 Ga 1547/17. Całkowita wartość przedmiotu umowy składa się bowiem z sumy opłat transakcyjnych i kwoty przeznaczonej na zakup usług podstawowych zgodnie z § 9 ust. 2 IPU.

Wykonawca WNT zaoferował cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia w kwocie 240,00 zł brutto. Cena oferty wykonawcy WNT jest niższa o kwotę 769 050 zł od kwoty zaoferowanej przez wykonawcę eTravel S.A. (Odwolującego) oraz o kwotę 737 850 zł od ceny zaoferowanej przez wykonawcę PLL LOT S.A. Uwzględniając wartość przedmiotu umowy, jest to różnica w wysokości mniejszej niż 1,5% wartości zamówienia. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że cena oferty WNT jest o 95% niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert.

Podkreślić w tym miejscu należy, że na rynku zamówień publicznych na organizację podróży służbowych powszechnie jest stosowana opłata transakcyjna w wysokości 0,01 zł, czego dowodzą przedłożone przez Przystępującego wraz z wyjaśnieniami oraz na rozprawie informacje z otwarcia ofert w postępowaniach prowadzonych przez innych zamawiających.

Jak wyjaśnił również Przystępujący, za taką właśnie kwotę realizuje on obecnie większość usług na rzecz zamawiających publicznych.

Zamawiający wezwał wykonawcę WNT na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty, będącej łączną wartością opłat transakcyjnych w wysokości 240,00 zł brutto, jak i cen jednostkowych za rezerwację poszczególnych biletów lotniczych i kolejowych w wysokości 0,01 zł brutto - opłaty transakcyjne od poszczególnych usług wymienione w części 1 pkt od 1 do 4 formularza ofertowego.

Wykonawca WNT złożył wyjaśnienia pismem z dnia 3 lipca 2020 r. i dodatkowe wyjaśnienia w dniu 16 lipca 2020 r., załączając liczne dowody na poparcie przedstawionych w wyjaśnieniach oświadczeń i kalkulacji, w tym informacje z otwarcia ofert, umowy pracowników (tajemnica przedsiębiorstwa), umowy z liniami lotniczymi (tajemnica przedsiębiorstwa), umowy z systemem GDS

(tajemnica przedsiębiorstwa), umowy z operatorami kolejowymi (tajemnica przedsiębiorstwa), umowę z systemem GDS - noclegi (tajemnica przedsiębiorstwa), raport ze sprzedaży segmentów (tajemnica przedsiębiorstwa), umowę najmu Warszawa z załącznikiem (tajemnica przedsiębiorstwa), komercyjną wycenę przejazdu, ofertę na komputery.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze treść art. 90 ust. 3 Pzp, zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca WNT przedstawił szczegółowe wyjaśnienia dotyczące kalkulacji zaoferowanych cen jednostkowych (opłat transakcyjnych liczonych od jednej usługi) w zakresie:

- 1)rezerwacji ..... biletu lotniczego krajowego,
- 2)rezerwacji ..... biletu lotniczego zagranicznego,
- 3)rezerwacji ..... biletu kolejowego krajowego,
- 4)rezerwacji ..... biletu kolejowego zagranicznego.

Wyjaśnienia WNT uwzględniają obecną sytuację gospodarczą i rynkową, w tym negatywne skutki wywołane pandemią COVID - 19 oraz okoliczność z tym związaną w postaci możliwości zmniejszenia wskazanej w SIWZ liczby biletów i miejsc noclegowych. Wykonawca WNT wykazał w powyższym zakresie, że pomimo możliwości wystąpienia takiej sytuacji, cena oferty nie jest rażąco niska, a ryzyko związane z pandemią zostało uwzględnione w cenie oferty, w tym w zaoferowanych opłatach transakcyjnych.

Złożone przez wykonawcę WNT wyjaśnienia i załączone do wyjaśnień dowody potwierdzają, że wykonawca uwzględnił w cenie oferty koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia wynikające z SIWZ, zgodnie z pełnym zakresem zamówienia określonym w OPZ oraz wymaganiami wynikającymi z IPU. Wykonawca WNT wykazał również koszty specjalistycznej kadry pracowników w ilości 4 osób przewidzianych do realizacji usług na rzecz Zamawiającego.

Wykonawca WNT wyjaśnił, w jaki sposób jest w stanie pokryć koszty wykonania usługi, przy jednoczesnym obciążeniu Zamawiającego kosztami dla pojedynczej opłaty transakcyjnej w wysokości 0,01 zł, w całym okresie realizacji umowy i osiągnąć zysk z realizacji zamówienia. Wyjaśnił poszczególne elementy oferty, które miały wpływ na zastosowaną kalkulację, jako elementy cenotwórcze i wykazał, że zaoferowane ceny transakcyjne są cenami rynkowymi.

Złożone przez wykonawcę WNT wyjaśnienia wskazują, że zaoferowana przez WNT cena jest realna i przy zachowaniu rynkowych reguł i należytej staranności realizacja zamówień wykonawczych za wskazaną przez ww. wykonawcę cenę będzie rentowna - zaoferowane opłaty transakcyjne zostały skalkulowane na racjonalnych przesłankach. W ocenie Izby, wykonawca WNT, stosownie do dyspozycji art. 90 ust. 2 Pzp, zrealizował swój obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W zakresie wymagania Zamawiającego, zawartego w pkt 11.7 SIWZ, aby w cenie opłaty transakcyjnej wskazanej w pkt 11.5 ppkt a uwzględnić koszt usług transportowych na trasie: siedziba Zamawiającego - Lotnisko Chopina Warszawa - siedziba Zamawiającego, wykonawca WNT skalkulował realny koszt usługi transportowej na wskazanej przez Zamawiającego trasie w warunkach dostępnych w tym zakresie Przystępującemu. Koszt ten, według kalkulacji WNT, zostanie realnie pokryty przez wykonawcę z uzyskiwanych przychodów.

Odwolujący zarzucał w odwołaniu, że określony przez WNT w wyjaśnieniach koszt przejazdu od Zamawiającego na lotnisko w wysokości 20 zł nie może być pokryty z innych dochodów z realizacji usług rezerwacji biletów lotniczych. Odwołujący nie wykazał i nie uprawdopodobnił nawet, że w przypadku usług rezerwacyjnych na bilety lotnicze prowizje otrzymywane przez wykonawcę WNT od linii lotniczych nie pozwolą na pokrycie powyższych kosztów oraz że wykonawca WNT nie ma szans na uzyskanie tych prowizji ze względu na ograniczenia liczby lotów związane z pandemią. W świetle przedstawionych wyjaśnień oraz załączonych dowodów, wykonawca WNT posiada możliwość uzyskania odpowiednich przychodów w przypadku usług rezerwacyjnych na bilety lotnicze na pokrycie powyższych kosztów.

Odwolujący nie wykazał zatem, że w obecnej sytuacji i wobec wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ, wykonawca WNT nie był w stanie zaoferować ceny na poziomie 0,01 zł, bez starty finansowej. Treść umowy złożonej przez Odwołującego zawartej z Sabre z 07.12.2016r. wraz z aneksem (tajemnica przedsiębiorstwa) nie zawiera identycznej treści jak umowa zawarta pomiędzy Sabre a Przystępującym (wraz z aneksem), co Odwołujący podnosił na okoliczność braku możliwości uzyskiwania przez wykonawcę WNT w ramach tej umowy określonych w niej prowizji, z uwagi na ograniczenie rynku podróży lotniczych w okresie pandemii. Ponadto, oświadczenia eTravel S.A. z dnia 8 września 2020r. wraz z załącznikiem nr. 1 (tajemnica przedsiębiorstwa), zostały złożone przez Odwołującego na rozprawie na okoliczność, że „opłaty uzyskiwane od firmy Sabre mogą pokryć koszty pracownika w normalnych

warunkach, natomiast w warunkach pandemii jest to bardzo trudne". Z powyższego wynika, że sam Odwołujący ostatecznie nie wykluczył takiej możliwości. Przedstawione przez Przystępującego natomiast na rozprawie dowody nr 1 i 6 stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, potwierdzają stałą prowizję dla wykonawcy WNT, niezależnie od poziomu sprzedaży, w tym w 2020r.

W odniesieniu do złożonych przez Odwołującego na rozprawie publikacji i wydruków z aplikacji przewoźników Uber, Bolt, FreeNow, na okoliczność wysokości kosztu przejazdu z lokalizacji Zamawiającego na lotnisko i z lotniska, Izba stwierdziła, że w odwołaniu nie został zawarty zarzut dotyczący realności kosztu w wysokości 20 zł za przejazd. Zarzut ten podniesiony dopiero na rozprawie stanowi rozszerzenie zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w którym Odwołujący podnosił wyłącznie zarzut, że kosztu przejazdu w wysokości 20 zł nie można pokryć z przychodów wykonawcy z tytułu rezerwacji biletów lotniczych. Natomiast na rozprawie Odwołujący podniósł dodatkowo, że kwota ta jest za niska w stosunku do rzeczywistych kosztów, jakie wykonawca WNT realnie poniesie. Izba wskazuje, że stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Ponadto, w ocenie Izby, złożone przez Odwołującego wydruki ceny za przejazd wskazują, że realna jest możliwość uzyskania przez wykonawcę WNT ceny za wymagane przez Zamawiającego przejazdy w wysokości średnio 20 zł w ramach stałej współpracy z przewoźnikami wskazanymi w wyjaśnieniach, w tym Uber lub BOLT.

Nie potwierdził się w konsekwencji zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, przez wybór oferty WNT jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta podlega odrzuceniu.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, przez wybór oferty WNT jako najkorzystniejszej. Nie potwierdził się zarzut, że oferta WNT zawiera rażąco niską cenę oraz że z tego względu oferta podlega odrzuceniu, gdyż wykonawca WNT wykazał w ramach postępowania wyjaśniającego, że cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską. Zatem, wybór oferty WNT jako najkorzystniejszej dokonany przez Zamawiającego w postępowaniu, w świetle warunków określonych w SIWZ, jest zgodny z przepisami ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

**Przewodniczący:**