

Sygn. akt: KIO 3792/21

WYROK

z dnia 25 stycznia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2021 r. przez wykonawcę Polskie Linie Lotnicze LOT Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Komitetu Obrony Robotników 43, 02-146 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Służba Ochrony Państwa, ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa przy udziale wykonawcy WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Polskie Linie Lotnicze LOT Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3792/21

Służba Ochrony Państwa (dalej: Zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej: „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi rezerwacji, sprzedaży i dostarczenia biletów lotniczych w

komunikacji krajowej i zagranicznej na rzecz funkcjonariuszy i pracowników Służby Ochrony Państwa, numer referencyjny: 21/2021/ZP. Wartość szacunkowa zamówienia została określona na kwotę przekraczającą progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 października 2021 r. pod numerem 2021/S 204-533364.

Zamawiający 20 grudnia 2021 r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty. W terminie ustawowym wykonawca Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust 1 ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k., które złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zawyżeniu wartości opłaty transakcyjnej co jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i narusza interes Odwołującej w uzyskaniu zamówienia o znacznej wartości oraz zagraża interesowi Zamawiającego w postaci zapłaty ceny nieadekwatnej do ceny rynkowej usługi będącej przedmiotem zamówienia.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o :

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) unieważnienie decyzji Zamawiającego o wyborze oferty WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k. jako najkorzystniejszej,
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny oferty WhyNotTravel Sp. z o.o. sp.k. pod względem spełnienia wymogów Pzp, z uwzględnieniem wskazanych w odwołaniu okoliczności, faktów i dokumentów,
- 4) odrzucenie oferty WhyNotTravel Sp. z o.o. sp.k. jako niezgodnej z Pzp,
- 5) powtórzenie czynności oceny ofert oraz wybór, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego,
- 6) przyznanie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnienie zarzutu Odwołujący przedstawił przedmiot zamówienia zgodnie z postanowieniami Specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) oraz stwierdził, że stanowi on tzw. standardowy zakres działań wykonawcy w związku z realizacją usługi rezerwacji i sprzedaży zagranicznych i krajowych biletów lotniczych i jest tożsamy z zakresem czynności składających się na taką usługę w innych postępowaniach przetargowych prowadzonych przez innych zamawiających, których przedmiotem jest tożsama usługa rezerwacji i sprzedaży zagranicznych i krajowych biletów lotniczych. Tej oceny nie zmienia fakt włączenia w niniejszym postępowaniu do zakresu ww. czynności tzw. pakietu concierge, który jest w istocie zobowiązaniem wykonawcy do zapewnienia pasażerom Zamawiającego opieki w tzw. sytuacjach nadzwyczajnych. Z uwagi na kompleksowy charakter tego rodzaju zamówień i duży wolumen sprzedaży koszty wykonywania takiego zobowiązania są w kalkulowane przez wykonawcę do ceny oferty, a ich incydentalny charakter powoduje, że nie mają one większego wpływu na wycenę usługi i nie zwiększają jej w istotny sposób.

Zdaniem Odwołującego przykłady innych postępowania przetargowych prowadzonych w roku 2021 m.in. przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Ministerstwo Edukacji i Nauki, Pogotowie Ratunkowe czy Uniwersytet J. Kochanowskiego w Kielcach, których przedmiotem była usługa rezerwacji i sprzedaży zagranicznych i/lub krajowych biletów lotniczych, pokazują, że koszt wykonania takiej usługi oscyluje na poziomie od 0,01 zł do maksymalnie 25 zł. Niemniej jednak w postępowaniach przetargowych, w których zakres przedmiotu zamówienia obejmuje także bilety kolejowe czy usługi hotelowe wartość opłaty transakcyjnej za wystawienie biletu lotniczego na trasie zagranicznej może oscylować maksymalnie na poziomie 40 - 50 zł. W niniejszym postępowaniu wykonawca WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k. zaoferował wykonanie przedmiotowego zamówienia w oparciu o opłatę transakcyjną w wysokości 447 zł oraz opust od ceny biletu lotniczego w wysokości 8,77%. Zaoferowana przez wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k. wartość 447 zł jest ponad dziesięciokrotnie wyższa, niż maksymalna cena rynkowa takiej usługi. Jednocześnie nie występują żadne dodatkowe czynniki, które powodowałyby, że wykonawca WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k. działa w innych realiach rynkowych, niż pozostali wykonawcy prowadzący działalność agencyjną, którzy brali udział w ww. postępowaniach przetargowych. Co więcej, sam wykonawca WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k. nie oferował dotychczas opłaty transakcyjnej

za wykonanie usługi rezerwacji i sprzedaży zagranicznych i krajowych biletów lotniczych na poziomie wyższym niż 50 zł. Również w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w roku 2017, którego zakres przedmiotowy i warunki wykonania usługi są tożsame z obecnym postępowaniem, wykonawca WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k za wykonanie tej samej usługi zaoferował opłatę transakcyjną na poziomie 40 zł. Od roku 2017 do dzisiaj rynek usług turystycznych uległ pewnym zmianom w zakresie kosztów realizacji usług, nie bez znaczenia są także zawirowania związane z obecną sytuacją wywołaną epidemią COVID-19, niemniej jednak nie uzasadniają one tak drastycznego wzrostu kosztów wykonania usługi. Co więcej, takiej kalkulacji kosztów nie uzasadnia także zakres przedmiotowego zamówienia, który nie zobowiązuje wykonawcy do wykonywania czynności znacząco wykraczających poza standardowy zakres czynności składających się na wykonanie usługi rezerwacji i zakupu krajowych i międzynarodowych biletów lotniczych.

W ocenie Odwołującej zaoferowana przez wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k. wartość opłaty transakcyjnej w wysokości 447 zł jest nierynkowa i jest efektem manipulacji cenowej polegającej na jej znacznym zawyżeniu w stosunku do rzeczywistych kosztów wykonania takiej usługi w celu zapewnienia sobie możliwości udzielenia Zamawiającemu maksymalnie wysokiego opustu na poziomie 8,77%. Zgodnie z zastosowanym przez Zamawiającego kryterium oceny ofert wartość opustu jest bowiem elementem najwyższej punktowanym, którego udział w ogólnej ocenie oferty szacowany jest aż na 60%. Pozostałe elementy oferty w postaci wysokości opłaty transakcyjnej i czasu reakcji zostały oszacowane jedynie na 20% każdy. Oznacza to, że zaoferowanie przez wykonawcę wysokiego opustu gwarantuje uzyskanie maksymalnej ilości punktów i wysoką ogólną punktację oferty. W związku z tym, zastosowany przez wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k. zabieg manipulacji cenowej polegający na zawyżeniu wartości opłaty transakcyjnej w celu maksymalizacji wartości opustu spowodował, iż jego oferta, zgodnie z zastosowanym przez Zamawiającego kryterium oceny ofert uzyskała najwyższą liczbę punktów. W rzeczywistości interesujący Zamawiającego duży opust od jednostkowej ceny biletu lotniczego zostanie znacznie zredukowany z uwagi na skompensowanie przez wykonawcę kosztów tego opustu z wpływów z zawyżonej opłaty transakcyjnej. W efekcie, wartość rzeczywiście uzyskanego przez Zamawiającego opustu będzie zdecydowanie niższa, a koszt zamówienia wyższy. Działanie wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k. polegające na zawyżeniu opłaty transakcyjnej w stosunku do wartości rynkowej takiej usługi stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i narusza interes Odwołującego oraz zagraża interesowi Zamawiającego. Zgodnie bowiem z art. 3 ust 1 uznk „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”. Wykonawca WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k. skalkulował cenę swojej oferty w zakresie opłaty transakcyjnej z naruszeniem reguł rynkowych tj. w oderwaniu od rzeczywistych kosztów wykonania usługi, co skutkowało uzyskaniem w sposób nieuczciwy przewagi konkurencyjnej nad Odwołującym, który skalkulował swoją ofertę w sposób zgodny z tymi regułami, tym samym przekreślając swoje szanse na realne konkurowanie o zamówienie publiczne o dużej wartości. Tego rodzaju manipulacja cenowa zagraża także interesom Zamawiającego, który będzie zobowiązany do wydatkowania na realizację zamówienia środków publicznych w wysokości nieadekwatnej do ich rynkowej wartości. Założenie przez Zamawiającego, że z tytułu udzielonego przez wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k. opustu uzyska znaczne oszczędności w zakresie ceny biletu lotniczego jest jedynie pozorne, bo znaczna część kosztów wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k. z tego tytułu zostanie sfinansowana przez Zamawiającego poprzez płatność zawyżonej opłaty transakcyjnej.

Do odwołania zostały załączone: informacja z otwarcia ofert w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonym przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego z 10.11.2021 r., informacja z dnia z otwarcia ofert w postępowaniu o zamówienie publiczne

prowadzonym przez Ministerstwo Edukacji i Nauki z 21.12.2021 r., informacja z otwarcia ofert w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonym przez Pogotowie Ratunkowe z 23.03.2021 r., informacja z 10.11.2021 r. z otwarcia ofert w postępowaniu o zamówienie

publiczne prowadzonym przez Uniwersytet J. Kochanowskiego w Kielcach z 01.06,2021 r., informacja z otwarcia ofert w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonego przez Zamawiającego z 12.12.2017 r.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in., że pismem z 25.11.2021 r. wykonawca Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. odniósł się do oferty

konkurencyjnej szczególnie w zakresie poziomu oferowanego upustu od ceny biletu lotniczego oraz opłaty transakcyjnej za wystawienie biletu. Jednocześnie stwierdzając, że pozycje zawarte w tej ofercie przygotowane są zgodnie z warunkami opisanymi w SWZ, w tym w zakresie przyjętych kryteriów i wag. Niemniej, wskazują one na naruszenie dobrych zasad kupieckich i skrajne wykorzystanie intencji Zamawiającego, którego zamiarem - podobnie jak w innych postępowaniach przetargowych z pewnością miał być wybór oferty pozwalającej na uzyskanie m. in. korzyści i oszczędności z tytułu wykonywania umowy. Zamawiający przeprowadził badanie ofert. Zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o określone przez siebie kryteria oceny ofert. Zamawiający wezwał wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o. o. Sp. k. do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie oferowanej wysokości opłaty transakcyjnej, w szczególności jej zróżnicowania (wielokrotnie przekraczając) wobec standardowo stosowanych stawek dla innych Zamawiających. Wykonawca przesłał wyjaśnienia, w których poinformował, że stawki są przygotowywane indywidualnie do każdego postępowania. W dalszej części wyjaśnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Wykonawca przedstawił wartość prowizji oraz kosztów ponoszonych przez Wykonawcę. Ponadto przekazał, że Zamawiający nie podał również średniej ceny biletów lotniczych, których zakup przewiduje, a umowa ma być zawarta na 4 lata, więc Wykonawca przyjął różne możliwe wartości w tym zakresie. Wykonawca poinformował, że wyliczenia wiernie odwzorowują sposób wyceny dla niniejszego przetargu. Wykonawca WhyNotTravel Sp. z o. o. Sp. k. złożył wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej wysokości opłaty transakcyjnej. Wyjaśnienia zawierają odniesienie do każdej pozycji wskazanej w wezwaniu, określenie kosztów realizacji zamówienia oraz podstawy ich ustalenia, zysk Wykonawcy, a także uwzględnia ryzyko związane z wykonaniem zamówienia publicznego. WhyNotTravel Sp. z o. o. Sp. k. wskazał, że realizując zamówienie publiczne za wartości wskazane w formularzu ofertowym osiągnie zysk. WhyNotTravel Sp. z o. o. Sp. k. załączył także szereg dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Powyższe okoliczności w ocenie Zamawiającego oznaczają, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy, jak również brak jest podstaw do uznania, że oferta tego Wykonawcy nie odpowiada treści SWZ. Bezasadny jest także zarzut naruszenia przez art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 uzk, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o. o. Sp. k. Porównanie parametrów ofert Wykonawców w postępowaniu nie wskazuje, że wysokość opłaty transakcyjnej zaproponowanej przez WhyNotTravel Sp. z o. o. Sp. k. jest przejawem manipulacji cenowej zagrażającej interesom Zamawiającego. W pewnych przedziałach cenowych biletów parametry oferty WhyNotTravel Sp. z o. o. Sp. k. powodują bowiem, że finalna cena biletu jest droższa od ceny biletu liczonej dla PLL LOT S.A. Jednak są przedziały cenowe biletów lotniczych, dla których parametry oferty WhyNotTravel Sp. z o. o. Sp. k. powodują, że finalna cena biletu jest tańsza od ceny biletu liczonej dla PLL LOT S.A. Analiza w tym zakresie została przedstawiona przez Zamawiającego w układzie tabelarycznym.

Ponadto Zamawiający podał, że wzór umowy o udzielenie zamówienia stanowiący załącznik nr 3 do SWZ zawiera mechanizmy zabezpieczające interes Zamawiającego. Należy do nich między innymi zapis § 4 ust. 2 przewidujący: „Jeżeli w wyniku weryfikacji cen biletów lotniczych (wraz ze wszystkimi kosztami) oferowanych przez Wykonawcę z cenami biletów lotniczych (wraz ze wszystkimi kosztami) oferowanych przez inne biura lub przez przewoźników w sprzedaży bezpośredniej, w tym przez Internet, przy zastosowaniu takich samych kryteriów (tj. miejsca wylotu i przylotu, trasy lotu oraz godzin wylotu i przylotu) obowiązujących w dniu rezerwacji przez Zamawiającego, trzykrotnie okaże się że cena biletu lotniczego (wraz ze wszystkimi kosztami) wystawionego przez Wykonawcę przekroczy o minimum 10% najniższą cenę biletu lotniczego (wraz ze wszystkimi kosztami) oferowaną na rynku, wówczas Zamawiający zastrzega sobie prawo do odstąpienia od umowy..”

Następnie Zamawiający stwierdził, że specyfika realizacji ustawowych jego zadań spowodowała, że w SWZ nie wskazano przykładowych kierunków lotów, które posłużyły do wyceny składanych ofert. Dlatego też, ustalając warunki wykonania przedmiotu zamówienia tj. rezerwacji, sprzedaży i dostawy biletów lotniczych na trasach krajowych i zagranicznych, na potrzeby podróży służbowych funkcjonariuszy i pracowników Służby Ochrony Państwa, interesem Zamawiającego jest rzetelne wykonanie przedmiotu zamówienia za wynagrodzeniem i w terminie wskazanym w umowie. Zamawiający doszedł również do przekonania, że składanie różnych ofert cenowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy traktować jako konkurowanie różnych Wykonawców w granicach przewidzianych przepisami prawa. Znajduje to również uzasadnienie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej - wyrok w sprawie sygn. akt KIO 3004/20 z dn. 14.12.2020 r., w którym Izba stwierdza, że „Składanie różnych ofert cenowych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać za zjawisko dopuszczalne i powszechnie występujące na rynku zamówień publicznych”. Oprócz tego, jeżeli Wykonawca kalkuluje wynagrodzenie za zamówienie lub jego część na poziomie rażąco niskim, dochodzi do naruszenia dobrych obyczajów i nieuczciwego uzyskania przewagi konkurencyjnej. Skalkulowanie ceny w sposób odmienny od warunków rynkowych powoduje niewątpliwie naruszenie interesów innych przedsiębiorców, którzy wyceniają swoje usługi, odnosząc się do realnych kosztów

ale mogą realnie konkurować z tym Wykonawcą. (wyr. KIO z 21.01.2020 r. KIO 2682/19; z 28.03.2017 r. KIO 473/17). Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający w dniu 20.12.2021 r. wybrał ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ. Oferta złożona przez WhyNotTravel Sp. z o. o. Sp. k. uzyskała 84,47 pkt. w przyjętych kryteriach oceny ofert i tym samym jest to oferta najkorzystniejsza.

W cenie Zamawiającego w postępowaniu nie doszło do spełnienia przesłanek wskazujących na czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający oceniając działanie WhyNotTravel Sp. z o. o. Sp. k. stwierdził, że nie było ono zorientowane na zakłócanie funkcjonowania konkurencji poprzez nierzetelne i zafałszowane współzawodnictwo. Dlatego też nie można zgodzić się z zarzutem, że Zamawiający prowadząc postępowanie naruszył w szczególności następujące przepisy art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty spółki WhyNotTravel Sp. z o. o. Sp. k. Zamawiający podkreślił, że w niniejszym postępowaniu nie jest i nie było jego zamiarem ograniczanie konkurencji, czy nierówne traktowanie Wykonawców.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca WhyNotTravel Sp. z o. o. Sp. k. (dalej również: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego stając się jego uczestnikiem.

W piśmie z 19 stycznia 2022 r. Przystępujący wskazał m.in. czynniki, jakie są przyjmowane przy sporządzaniu ofert w danych postępowaniach i decydują o ich zróżnicowaniu w poszczególnych przetargach, przy wykorzystaniu uprawnienia wykonawcy do prowadzenia własnej polityki cenowej. Nadto wskazał, że to linie lotnicze kształtują politykę cenową agentów IATA. Przed pandemią standardem było, iż wykonawcy otrzymywali prowizję proporcjonalnie do całego wolumenu sprzedanych przez siebie biletów

- im wyższy wzrost wolumenu sprzedaży rok do roku tym wyższa procentowa prowizja od ceny biletów. Powodowało to, że dla wykonawców było opłacalne obsługiwanie klientów zamówieniowych za 0,01 zł w każdym niemal warunkach, aby tylko uzyskać odpowiedni wzrost obrotu rok do roku. Od 2021 r. obserwowane jest przejście linii lotniczych na system stałych prowizji, co ma związek z pandemią COVID-19 i niemal całkowitym wstrzymaniem sprzedaży biletów lotniczych w niektórych miesiącach 2020 r., co skutkuje tym, że obecnie nie musi już starać się o klientów oferując minimalną marżę. Ponadto Przystępujący podał, że wielu wykonawców, w szczególności biura, które nie notowały przez ostatnie lata zwiększonych obrotów rok do roku, stosuje opłaty transakcyjne w wysokości około 500 zł od lat tylko ukrywa je poprzez doliczanie do ceny biletu.

Na potwierdzenie swoich twierdzeń Przystępujący złożył ofertę PLL LOT wystawioną dla niego (zaznaczając, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego i Odwołującego) oraz wystawioną dla niego ofertę Lufthansa (tajemnica przedsiębiorstwa), nadto załączył swoje oferty dla Głównego Inspektoratu Pracy i Państwowego Instytutu Geologicznego - Państwowego Instytutu Badawczego, a także artykuł zamieszczony w Pulsie Biznesu pt. „LOT wykrył nieuczciwych agentów”, zaznaczając, iż tylko on zdecydował się na pozwanie Pulsu Biznesu.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego, oraz dowody załączone do ww. pism, a także złożone na rozprawie przez Odwołującego pismo Przystępującego z 24 listopada 2021 r., skierowane do Ministerstwa Klimatu i Środowiska dla wyjaśnienia ceny jednego grosza w ofercie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący m.in. wskazał, że czynność Zamawiającego naruszająca przepisy Pzp podjęta w toku postępowania, polegająca na wyborze oferty WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k., mimo, iż oferta ta powinna być odrzucona, narusza interes prawny PLL LOT S.A. Uniemożliwia bowiem Odwołującemu pozyskanie zamówienia publicznego o znacznej wartości, mimo przedłożenia najkorzystniejszej i nie podlegającej odrzuceniu oferty.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania ze środków

ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem IV SWZ zawierającym opis przedmiotu zamówienia:

1. Przedmiotem zamówienia są usługi rezerwacji, sprzedaży i dostarczenia biletów lotniczych w komunikacji krajowej i zagranicznej na rzecz funkcjonariuszy i pracowników Służby Ochrony Państwa, zgodnie z wymaganiami i na warunkach określonych w SWZ.

2. Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje zakup biletów lotniczych na krajowe i zagraniczne pasażerskie przewozy lotnicze.

3. Zamawiający wymagać będzie od Wykonawcy:

a) Kompleksowej, całodobowej indywidualnej wobec Zamawiającego obsługi przez Wykonawcę w zakresie rezerwacji biletów lotniczych we wszystkich kierunkach w kraju i za granicą, realizacji połączeń wieloetapowych krajowych, zagranicznych i możliwości ich łączenia.

b) Zapewniania wysokiej jakości oferowanych usług, w tym:

- opracowania najkrótszych i najtańszych połączeń na danej trasie,

- całodobowej możliwości dokonania rezerwacji/jej zmiany lub wykupu biletu, również w soboty i w dni ustawowo wolne od pracy,

- w umowie Wykonawca musi wskazać nr telefonu oraz procedurę obowiązującą przy zleceniu rezerwacji i zmianach w wylocie / przylocie w soboty oraz w dni ustawowo wolne od pracy oraz w godzinach poza godzinami pracy SOP, czyli od 16.15 do 8.15 w dniu następnym,

- bezkosztowej możliwości odwołania rezerwacji lub dokonania zmiany rezerwacji polegającej w szczególności na zmianie trasy, terminu podróży, klasy podróży lub danych pasażera lub pasażerów, o ile fakt ten umożliwia taryfikator przewoźnika,

- dostarczenia biletów w uzgodnionym terminie do siedziby Zamawiającego lub we wskazane przez Zamawiającego miejsce, nie później niż na 24 godziny przed rozpoczęciem podróży,

- w przypadku zgłoszenia stosownej potrzeby, dopełnienie wszelkich procedur względem przewoźnika związanych z przewozem broni służbowej funkcjonariuszy SOP,

- informowania o zbliżających się terminach wykupu i złożenia rezerwacji,

- wystawiania biletów elektronicznych lub papierowych w zależności od wymogów danej linii lotniczej,

- w przypadku konieczności wykupu nadbagażu, Wykonawca zobowiązany jest do przekazania Zamawiającemu informacji o jego kosztach u danego przewoźnika,

- zapewnienia, związanych z podróżą pracowników Zamawiającego, tzw. pakietu concierge w skład, którego wchodzi całodobowa opieka Wykonawcy w zakresie informacji dotyczących: połączeń alternatywnych; hoteli w przypadku występowania opóźnień; transportu w miejscach docelowych i pośrednich podróży; pomocy medycznej, organizacji lotu lub innego transportu w czasie wydarzeń nadzwyczajnych jak np. klęski żywiołowe, zamieszki społeczne, stan wojny poza granicami Polski.

- pośrednictwa w zakresie składania ewentualnych odwołań i reklamacji do linii lotniczych.

3. Szczegółowy Opis przedmiotu zamówienia zawiera projekt umowy stanowiący

Załącznik nr 3 do SWZ.

Zgodnie z §1 załącznika nr 3 do SWZ:

1. Przedmiotem umowy jest rezerwacja, sprzedaż i dostawa biletów lotniczych na trasach krajowych i zagranicznych, na potrzeby podróży służbowych funkcjonariuszy i pracowników Służby Ochrony Państwa, zwanych dalej „pracownikami Zamawiającego”.
2. Wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia biletu na przelot w pasażerskim transporcie lotniczym we wszystkich kierunkach, do każdego miejsca na świecie, gdzie wykonywane są regularne połączenia lotnicze, zgodnie z rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego.
3. Na potrzeby realizacji niniejszej umowy pojęcie bilet należy rozumieć jako bilet na trasie tam i z powrotem dla jednej osoby. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zakupu biletu „w jedną stronę”.
4. Przelot będzie realizowany za pośrednictwem przewoźnika zrzeszonego w Międzynarodowym Zrzeszeniu Przewoźników Powietrznych IATA. W wyjątkowych sytuacjach, za zgodą Zamawiającego, przelot może być realizowany za pośrednictwem przewoźnika niezrzeszonego w Międzynarodowym Zrzeszeniu Przewoźników Powietrznych IATA.
5. Wykonawca zapewni Zamawiającemu możliwość dokonywania rezerwacji biletów z wykorzystaniem internetowego dostępu do systemu rezerwacji połączeń lotniczych Wykonawcy, prowadzonego w trybie online w języku polskim.
6. Wykonawca, zobowiązany jest do kompleksowej całodobowej (24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu nie wyłączając dni ustawowo wolnych od pracy), obsługi Zamawiającego w zakresie rezerwacji, sprzedaży i dostarczania biletów lotniczych.
7. W przypadku konieczności wykupu nadbagażu, Wykonawca zobowiązany jest do przekazania Zamawiającemu informacji o jego kosztach u danego przewoźnika.
8. W ramach umowy Wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia, związanych z podróżą pracowników Zamawiającego, tzw. pakietu concierge w skład, którego wchodzi całodobowa opieka Wykonawcy w zakresie informacji dotyczących:
 - 1) połączeń alternatywnych;
 - 2) hoteli w przypadku występowania opóźnień;
 - 3) transportu w miejscach docelowych i pośrednich podróży;
 - 4) pomocy medycznej, organizacji lotu lub innego transportu w czasie wydarzeń nadzwyczajnych jak np. klęski żywiołowe, zamieszki społeczne, stan wojny poza granicami Polski.
9. W ramach umowy Wykonawca zobowiązuje się do:
 - 1) proponowania optymalnego połączenia pod względem ceny oraz czasu trwania podróży oraz przedstawienia Zamawiającemu niezwłocznie, lecz nie później niż w terminie minut od złożenia przez osobę upoważnioną przez Zamawiającego, z określeniem warunków podróży (w tym m.in. czasu rozpoczęcia i zakończenia podróży), minimum 2 wariantów połączeń (jeżeli występują) oferując najtańszy bilet (najniższa cena biletu) na danej trasie i w danym dniu z wykorzystaniem wszystkich dostępnych promocji i taryf specjalnych, przy uwzględnieniu parametrów podróży przekazanych przy składaniu zamówienia;
 - 2) przekazania Zamawiającemu, drogą e-mail lub faksem potwierdzenia rezerwacji zawierającej ostateczną datę wykupu biletu/biletów na warunkach określonych w rezerwacji;

3) informowania o zbliżających się terminach wykupu biletów przy dokonanych wcześniej rezerwacjach, na co najmniej 12 godzin przed terminem wykupu biletu;

4) dokonywania ponownej rekalkulacji ceny biletu bezpośrednio przed jego wystawieniem, celem sprawdzenia dostępności tańszego odpowiednika oraz uwzględnienie powyższego przy wystawianiu biletu;

5) dostarczenia bez dodatkowej opłaty, biletów elektronicznych na określone adresy poczty elektronicznej niezwłocznie, ale nie później niż w przeciągu 30 minut od momentu przekazania przez Zamawiającego zamówienia na bilet. Bilety będą przekazywane na adresy poczty elektronicznej określone przez Zamawiającego bezpośrednio z terminala Globalnego Systemu Dystrybucji (GDS) używanego przez Wykonawcę. Niedopuszczalne jest przekazywanie biletów z adresów/skrzynek poczty elektronicznej Wykonawcy lub innych podmiotów trzecich;

6) niezwłocznego przekazania Zamawiającemu z adresu/ skrzynki poczty elektronicznej Wykonawcy, potwierdzenia przesłania biletu z terminala GDS;

7) dostarczenia bez dodatkowej opłaty, biletów papierowych do siedziby Zamawiającego lub w miejsce wskazane przez Zamawiającego na terenie m. st. Warszawy, wyłącznie na trasy, na które nie ma możliwości wystawienia biletów elektronicznych, w terminie nie późniejszym niż 48 godzin od momentu przekazania przez Zamawiającego dyspozycji na wystawienie biletu;

8) przejęcia bez dodatkowego wynagrodzenia obowiązków pośrednictwa w zakresie składania ewentualnych odwołań i reklamacji do linii lotniczych, a zwłaszcza do reprezentowania w tych sprawach Zamawiającego, w szczególności w przypadku zwrotów biletów niewykorzystanych z winy przewoźnika lub ze względów losowych;

9) w przypadku zgłoszenia przez Zamawiającego konieczności przelotu z bronią służbową, dopełnienia wszelkich procedur u przewoźnika umożliwiających przewóz tej broni przez funkcjonariuszy Służby Ochrony Państwa, na pokładzie statku powietrznego;

10) zorganizowania i zabezpieczenia kompleksowej realizacji przedmiotu umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami lokalnymi i krajów docelowych (dot. wszelkiego rodzaju

opłat - np. lotniskowych, podatków, ubezpieczenia itp.). W przypadku konieczności posiadania wizy w kraju docelowym lub pośrednim, Wykonawca zobowiązany jest do zorganizowania procesu uzyskania i dostarczenia wizy Zamawiającemu. W przypadku konieczności poniesienia opłaty za wystawienie wizy, Zamawiający dokona zwrotu tej

opłaty w kwocie wynikającej z przepisów dotyczących wydawania wiz w danym kraju. Zamawiający na własny koszt dopełni wszelkich wymogów dotyczących dostarczenia dokumentów osobistych lub postępowania osoby, dla której wiza ma być wydana;

11) stosowania najniższych cen przewoźnika z uwzględnieniem cen promocyjnych dostępnych w danym terminie z zastosowaniem wymaganego przez Zamawiającego standardu podróży;

12) zapewnienia bezkolizyjnych i po najkrótszej trasie połączeń, w przypadku przelotów z przesiadką lub z przerwami w podróży;

13) informowania bez dodatkowego wynagrodzenia Zamawiającego o możliwości uzyskania rabatów u przewoźników w ramach tzw. programów lojalnościowych oraz pośrednictwa w ich uzyskaniu;

10. Zamawiającemu przysługuje prawo bezkosztowej zmiany rezerwacji lub rezygnacji z podróży.

11. Wszystkie dane zawarte w biletach elektronicznych dostarczonych przez Wykonawcę będą tożsame z danymi przechowywanymi w postaci elektronicznej w systemie rezerwacyjnym przewoźnika w Globalnym Systemie Dystrybucji (GDS) użytkowanym przez Wykonawcę. Zamawiający nie dopuszcza wprowadzania jakichkolwiek zmian do biletu elektronicznego wygenerowanego za pośrednictwem GDS.

12. W sytuacjach, których nie można było przewidzieć wcześniej, Zamawiający może:

zmienić trasę, termin podróży lub dokonać zwrotu biletu. Jeżeli zmiana trasy i terminu podróży wiązać się będzie z koniecznością rekalkulacji ceny biletu, a zwrot biletu z potrąceniem wynikających z warunków zastosowanej taryfy, Zamawiający zobowiązuje się do wyrównania udokumentowanej różnicy w cenie biletu lub poniesienia kosztów jego zwrotu Wykonawca nie będzie przy tym pobierał żadnych opłat manipulacyjnych, poza wynikającymi z taryfy przewoźnika.

13. W sytuacjach, których nie można było przewidzieć wcześniej, Zamawiający może: dokonać zmiany podróźnego - pracownika Zamawiającego względem rezerwacji lub biletu. Wykonawca nie będzie przy tym pobierał żadnych opłat manipulacyjnych, poza wynikającymi z taryfy przewoźnika.

14. WYKONAWCA ponosi odpowiedzialność za podwykonawców, którymi posłuży się przy wykonywaniu postanowień umowy, jak za działania własne, zgodnie z art. 474 Kodeksu cywilnego.

§2 TERMIN REALIZACJI

Umowa będzie realizowana sukcesywnie w zależności od potrzeb Zamawiającego, od 01.01.2022 roku do 31.12.2025 roku.

§3 WYNAGRODZENIE I WARUNKI PŁATNOŚCI

1. Maksymalne wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu wykonania umowy wynosi

..... zł brutto (słownie:), z tego w roku 2022 ok. zł brutto, w roku 2023 ok. zł brutto, w roku 2024 ok. zł brutto, w roku 2025 ok. zł brutto.

2. Minimalne wynagrodzenie WYKONAWCY z tytułu realizacji umowy wyniesie 1 414 000,00 zł brutto (słownie: jeden milion czterysta czternaście tysięcy zł 0 groszy.).

3. Zamawiającemu przysługuje prawo do zrealizowania zakupu biletów na kwotę niższą niż określona w ust. 1; Wykonawcy nie przysługują wówczas roszczenia wobec Zamawiającego z tytułu nie wykorzystania maksymalnego wynagrodzenia umownego, o którym mowa w ust. 1.

4. Kwota, jaką Zamawiający zapłaci za każdy bilet obejmuje:

1) opłatę transakcyjną w stałej wysokości.....zł brutto (słownie:), określoną

zgodnie z warunkami wskazanymi w ofercie Wykonawcy. Opłata transakcyjna obejmuje rzeczywisty koszt realizacji zamówienia, w szczególności: koszt rezerwacji i wystawienia biletu, dostawę e-mailem biletu elektronicznego lub biletu papierowego do siedziby Zamawiającego lub w miejsca wskazane przez Zamawiającego na terenie m.st. Warszawy, pakietu concierge, przypomnienia o zbliżających się terminach wykupu biletów, oferowanie wariantów połączeń, 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, ubezpieczenia pracowników Zamawiającego i ich bagażu w czasie lotu odprawy i wszelkie interwencje związane z obsługą przelotu oraz wszelkie inne koszty związane z należywym i zgodnym z SWZ, wykonaniem przedmiotu umowy.

2) cenę biletu, ustaloną każdorazowo na podstawie ceny biletów przewoźnika, z

uwzględnieniem wszystkich należnych podatków, dopłat, opłat (w tym lotniskowych) oraz innych należności, a także zaoferowanego przez Wykonawcę w ofercie upustu. Stawka upustu od ceny biletu udzielonego przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego wynosi % (słownie:.....procent) i jest stała przez cały okres obowiązywania umowy.

Stosownie do rozdziału XVIII SWZ przy wyborze najkorzystniejszej oferty brane były pod uwagę:

- wysokość procentowa ulgi (opustu) od ceny biletu lotniczego wynikającej z taryfy przewoźnika oraz opłat i podatków jaką udzieli Wykonawca Zamawiającemu przy zakupie z wyłączeniem opłaty transakcyjnej - 60 %,
- cena za wystawiony bilet - opłata transakcyjna - 20%,
- czas reakcji liczony od momentu zgłoszenia zapotrzebowania na bilet do momentu jego otrzymania przez zamawiającego - 20%.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty, tj.:

- oferta WhyNotTavel Spółka z o.o. sp. k, w której wysokość procentowa ulgi (opustu) od ceny biletu lotniczego wynikającej z taryfy przewoźnika oraz opłat i podatków jaką udzieli Zamawiającemu przy zakupie z wyłączeniem opłaty transakcyjnej została określona na 8,77 %; cena za wystawiony bilet - opłata transakcyjna została określona na kwotę 447 zł brutto; czas reakcji liczony od momentu zgłoszenia zapotrzebowania na bilet do momentu jego otrzymania przez Zamawiającego: 30 minut
- oferta Polskie Linie Lotnicze LOT S.A., w której wysokość procentowa ulgi (opustu) od ceny biletu lotniczego wynikającej z taryfy przewoźnika oraz opłat i podatków lotniskowych, jaką udzieli Zamawiającemu przy zakupie biletu z wyłączeniem opłaty transakcyjnej została określona na 3,00 %; cena za wystawiony bilet - opłata transakcyjna została określona na kwotę 0,01 zł brutto; czas reakcji liczony od momentu zgłoszenia zapotrzebowania na bilet do momentu jego otrzymania przez Zamawiającego: 30 minut.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których Izba orzeka.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Stosownie do art. 3 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913) - dalej: „uznk”: 1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. 2. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.

W odwołaniu Odwołujący powołał się na przepis art. 3 ust. 1 uznk, stanowiący klauzulę generalną i stwierdził, że za czyn nieuczciwej konkurencji uznaje zawyżenie wartości opłaty transakcyjnej, co jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, narusza interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, zagraża interesowi Zamawiającego w postaci zapłaty ceny nieadekwatnej do ceny rynkowej. Zauważenia wymaga, że Odwołujący nie wskazał na popełnienie przez Przystępującego jakiegokolwiek ze stypizowanych w ustawie uznk czynów nieuczciwej konkurencji, ani na naruszenie innego przepisu prawa, nie podał też, jaki konkretny dobry obyczaj został jego zdaniem naruszony przez treść oferty Przystępującego.

Odwołujący upatruje zarzucanej Przystępującego manipulacji w tym, że wykonawca ten w celu uzyskania większej liczby punktów, zaoferował opłatę transakcyjną w nierynkowej wysokości 447 zł oraz upust od ceny biletu lotniczego w wysokości 8,77%, przy czym nie kwestionuje możliwości określenia upustu przez Przystępującego na takim poziomie, a jedynie stwierdza, że opłata transakcyjna w ww. wysokości nie była oferowana przez tego wykonawcę w innych postępowaniach, bowiem Przystępujący w innych postępowaniach oferował opłatę transakcyjną na zdecydowanie niższym poziomie.

Jakkolwiek należy zgodzić się z Odwołującym, że w szeregu postępowaniach w swoich ofertach Przystępujący określał wysokość opłaty transakcyjnej na zdecydowanie niższym poziomie, niż w obecnym postępowaniu, co potwierdzają załączone do odwołań dowody, w tym w postaci informacji z otwarcia ofert, to jednak Przystępujący wykazał, że w innych postępowaniach składał oferty, w których określał opłaty transakcyjne na takim samym lub zbliżonym poziomie, jak w obecnym postępowaniu, tj. przedłożył oferty złożone w postępowaniu prowadzonym przez:

- 1) Państwowy Instytut Geologiczny w postępowaniu na usługę rezerwacji, sprzedaży i dostawy biletów lotniczych międzynarodowych i krajowych biletów kolejowych międzynarodowych oraz ubezpieczeń na czas trwania wyjazdów zagranicznych, w której przy podanych danych dotyczących średniej ceny netto 1 biletu (oszacowanej na podstawie zakupów z lat 2018-2020/cena netto 1 polisy oraz szacowanej liczby biletów/polisy zaoferował opłatę transakcyjną w wysokości: 360 zł za bilet lotniczy na trasach zagranicznych w obszarze Europy; 500 zł za bilet lotniczy na trasach zagranicznych poza obszarem Europy; 135 zł za bilet lotniczy na trasach krajowych. Jednocześnie oferując upust w wysokości 8,77% od ceny biletów lotniczych,
- 2) Główny Inspektorat Pracy w postępowaniu na świadczenie usług rezerwacji połączeń lotniczych oraz sprzedaży biletów lotniczych na trasach krajowych i międzynarodowych, w której opłata transakcyjna została określona na kwotę 447 zł, zaś upust od ceny rynkowej biletu na 0,01%.

Nie znajduje zatem potwierdzenia twierdzenie Odwołującego zawarte w odwołaniu, że Przystępujący nie oferował dotychczas opłaty transakcyjnej za wykonanie usługi rezerwacji i sprzedaży zagranicznych i krajowych biletów lotniczych na poziomie wyższym niż 50 zł. Pokazuje to również, że wbrew stanowisku Odwołującego, występują na rynku także inne wysokości oferowanej opłaty transakcyjnej, niż przez niego wskazane w odwołaniu. Nie znajduje zatem potwierdzenia stanowisko Odwołującego, iż Przystępujący zaoferował opłatę transakcyjną w wysokości dziesięciokrotnie wyższej, niż maksymalna cena rynkowa takiej usługi. Odwołujący nie wykazał, że istnieje obiektywnie określana maksymalna cena rynkowa takich usług. Zauważenia bowiem wymaga, że dowodom złożonym przez Odwołującego w postaci - jak się okazuje - wybranych przez niego informacji z otwarcia ofert, nie towarzyszą dowody wskazujące na tożsamość przedmiotu zamówienia w tych postępowaniach z przedmiotem, jaki został określony w analizowanym postępowaniu. Odwołujący ograniczył się do gołosłownych, nadto niekonsekwentnych stwierdzeń, że przedmiot zamówienia w analizowanym postępowaniu nie odbiega od innych postępowań. Odwołujący w odwołaniu stwierdza bowiem, że przedmiot zamówienia w analizowanym postępowaniu jest standardowy (podając jednocześnie, że pakiet koncertów nie wpływa na zmianę takiej oceny), nie odbiega od innych postępowań, w których Przystępujący zaoferował zdecydowanie niższą opłatę transakcyjną, a następnie podaje, że przedmiot zamówienia nie zobowiązuje wykonawcy do wykonania czynności znacząco wykraczających poza standardowy zakres czynności składających się na wykonanie usługi rezerwacji i zakupu krajowych i międzynarodowych biletów lotniczych. Wskazuje to, że Odwołujący dostrzega różnicę, jednak nie podaje co rozumie w tym zakresie pod pojęciem „znacząco”. Nie jest zatem wiadomo na ile obiektywne są to stwierdzenia. Zauważenia przy tym wymaga, że odnosząc się do złożonego przez Odwołującego dowodu w postaci pisma skierowanego do Ministerstwa Klimatu i Środowiska dla wyjaśnienia dowodu w związku z zaoferowaniem opłaty transakcyjnej w wysokości 0,01 zł, Przystępujący wskazał, że w tamtym postępowaniu obowiązywała inna SWZ i inna była jego wiedza odnośnie potrzeb tego zamawiającego, dla którego wcześniej świadczył usługi, co miało wpływ na jego ofertę. Oznacza to, że samo kwotowe porównanie wysokości opłat transakcyjnych zaoferowanych w różnych postępowaniach, bez uwzględnienia przedmiotu zamówienia tych postępowań, nie pozwala na przyjęcie, jak tego oczekuje Odwołujący, iż w analizowanym postępowaniu doszło do nieuprawnionego określenia przez Przystępującego jej wysokości.

Także przedstawione w odwołaniu porównanie cen z tymi zaoferowanymi w postępowaniu z 2017 r. nie może być uznane za wystarczające do stwierdzenia nieprawidłowości w kalkulacji ceny oferty Przystępującego. Jak zostało wykazane przez Przystępującego obecnie przy kalkulacji ceny muszą być uwzględniane zmienione okoliczności, np. wskazana powyżej zmiana systemu prowizyjnego oraz zmiany kosztów realizacji usług wywołane pandemią, co nie jest sporne. Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniom Przystępującego dotyczącym zmiany polityki prowizyjnej linii lotniczych, nie wykazał też, że pozostaje to bez wpływu na sposób kalkulowania ceny oferty.

Nie jest także przedmiotem sporu to, że w analizowanym postępowaniu Zamawiający nie podał danych odnośnie przewidywanej średniej ceny biletów i tras, na które będą wystawiane. Jak wskazał Przystępujący, dotychczas nie świadczył usług na rzecz Zamawiającego, nie ma zatem wiedzy, nawet historycznej, o potrzebach Zamawiającego w

ww. zakresie. Kalkulując cenę oferty opierał się na swoich założeniach, a nie danych np. co do potrzeb np. z ostatniego okresu. Korzystając z uprawnienia do kształtowania własnej polityki cenowej, różnicuje ceny swoich ofert z uwagi m.in. na stawiane przez zamawiających wymagania, które wpływają na wzrost kosztów realizacji zamówienia po stronie wykonawcy. Zmiana systemu prowizyjnego stosowanego przez linie lotnicze, galopująca inflacja, obecna sytuacja geopolityczna, czy braki pracowników na rynku wpływają na wzrost oferowanej opłaty transakcyjnej. W szczególności ma to miejsce gdy zamawiający wymaga: możliwości rezerwowania biletów poza godzinami pracy biura, co w analizowanym postępowaniu wynika z rozdziału IV lit. b tiret 2. SWZ, wysokiego upustu, przewiduje szczególną politykę zwrotu biletów, oczekuje pakietu concierge. Nadto jak stwierdził, nie jest wiadomo, czy będą kupowane bilety na loty międzykontynentalne lub będą składane zamówienia „na następny dzień”. Zdaniem Przystępującego ukształtowanie kryteriów oceny ofert wskazuje, że tego typu sytuacje występują u Zamawiającego.

W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby oferta Przystępującego została złożona z przekroczeniem reguł konkurencji wykonawców w postępowaniu. Nie zostało bowiem wykazane przez Odwołującego, chociaż to na nim spoczywał ciężar dowodu stosownie do art. 6 k.c. w związku z art. 8 ust. 1 Pzp, że Przystępujący oferując opłatę transakcyjną w wysokości 447 zł, uczynił to wyłącznie na potrzeby punktacji, bez uwzględnienia aktualnych i prognozowanych realiów rynkowych (umowa ma być zawarta na 4 lata). Okoliczność, iż Przystępujący zaoferował wyższą opłatę transakcyjną i wyższy upust od ceny biletu niż Odwołujący, który zaoferował je w wielkościach odpowiednio 0,01 zł i 3%, w sytuacji, gdy sam Odwołujący składając dowód w postaci wyjaśnień składanych przez Przystępującego Ministerstwu Klimatu i Środowiska w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny w jego ofercie, gdzie została zaoferowana opłata transakcyjna w wysokości 0,01 zł, sama w sobie nie oznacza, że w obecnym postępowaniu naruszył interes Odwołującego.

Nadto nie znajduje potwierdzenia stanowisko Odwołującego, że Zamawiający, zgodnie z ofertą Przystępującego, w każdym przypadku zapłaci za bilet więcej, niż gdyby wybrał ofertę Odwołującego. Jak bowiem wykazał Zamawiający, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, w określonym przedziale cenowym oferta Przystępującego zapewnia możliwość tańszego zakupu biletów, niż oferta Odwołującego. Z wyczenia przedstawionego przez Zamawiającego wynika, że przy niższych cenach biletów finalny zakup zgodnie z ofertą Odwołującego jest korzystniejszy cenowo dla Zamawiającego, natomiast przy droższych biletach, to oferta Przystępującego jest korzystniejsza.

Powyższe wskazuje, że nie można podzielić stanowiska Odwołującego, że Zamawiający naruszył wskazany w odwołaniu przepis Pzp przez zaniechanie uznania, że oferta Przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji przez brak odrzucenia oferty tego wykonawcy.

W ocenie Składu orzekającego Izby Zamawiający dochował staranności przy ocenie oferty Przystępującego. Zamawiający wystąpił o wyjaśnienia do Przystępującego, dokonał ich oceny, słusznie nie dopatrując się, aby wystąpiła podstawa odrzucenia oferty z uwagi na określenie ceny transakcyjnej na zaoferowanym poziomie. Trudno odmówić wykonawcom prawa do indywidualnego kalkulowania oferty, z uwzględnieniem przewidzianych dla danego zamówienia wymagań oraz własnych możliwości w tym zakresie, w tym dotyczących wysokości uzyskiwanych prowizji, czy ponoszonych kosztów.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

W analizowanej sprawie nie zostało stwierdzone zarzucane przez Odwołującego naruszenie przepisów Pzp, które miało lub mogłoby mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezes Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: