

Sygn. akt: KIO 2115/12
KIO 2129/12

WYROK
z dnia 31 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Jakub Banasiak

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 18 i 29 października 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 3 października 2012 r. przez **Polskie Linie Lotnicze LOT S.A, ul. 17 Stycznia 39, 00-906 Warszawa** (sygn. akt KIO 2115/12),
- B. w dniu 4 października 2012 r. przez **eSKY.pl S.A, Plac Jagielloński 8, 26-600 Radom** (sygn. akt KIO 2129/12)

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Usług Wspólnych, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **First Class S.A, ul. Bitwy Warszawskiej 1920 r. 7, 02-851 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2115/12 oraz o sygn. akt KIO 2129/12 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie wniesione przez **Polskie Linie Lotnicze LOT S.A** (sygn. akt KIO 2115/12),
2. uwzględnia odwołanie wniesione przez **eSKY.pl S.A** (sygn. akt KIO 2129/12) i nakazuje zamawiającemu **Centrum Usług Wspólnych** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu oraz odrzucenie oferty złożonej przez **Polskie Linie Lotnicze LOT S.A**,
3. kosztami postępowania obciąża:
 - A. **Centrum Usług Wspólnych, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa** (sygn. akt KIO 2129/12)

B. **Polskie Linie Lotnicze LOT S.A, ul. 17 Stycznia 39, 00-906 Warszawa** (sygn. akt KIO 2115/12) i :

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **Polskie Linie Lotnicze LOT S.A, ul. 17 Stycznia 39, 00-906 Warszawa** oraz **eSKY.pl S.A, Plac Jagielloński 8, 26-600 Radom** tytułem wpisów od odwołań,
- 3.2. zasądza od wykonawcy **Polskie Linie Lotnicze LOT S.A, ul. 17 Stycznia 39, 00-906 Warszawa** na rzecz **Centrum Usług Wspólnych, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3.3. zasądza od **Centrum Usług Wspólnych, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa** na rzecz wykonawcy **eSKY.pl S.A, Plac Jagielloński 8, 26-600 Radom** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2115/12
KIO 2129/12

Uzasadnienie

Centrum Usług Wspólnych (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na zakup biletów lotniczych dla Jednostek Administracji Publicznej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 lipca 2012 r. pod pozycją 2012/S 144-240562.

Sprawa o sygn. akt KIO 2115/12:

W postępowaniu tym wykonawca Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy First Class S.A. zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) przez zaniechanie wykluczenia z postępowania First Class S.A., która złożyła nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania i oraz nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż złożyła oświadczenie, że oferowane przez tego wykonawcę narzędzie rezerwacyjne online BTM zapewnia dostęp do 636 linii lotniczych, mimo że zadeklarowana liczba przewoźników lotniczych nie odpowiada faktycznej liczbie linii lotniczych dostępnych przez narzędzie BTM, oraz że spełnia istotne warunki zamówienia w zakresie istotnych postanowień umowy, tj. zapewnia możliwość zweryfikowania przez zamawiającego propozycji lotów, jeżeli zamawiający stwierdzi, że połączenie zaoferowane przez wykonawcę nie jest najkorzystniejsze, co jest nieprawdą,
- art. 89 ust. 1 pkt 1 i 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie istotnych postanowień umowy i zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. wniosła o:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- unieważnienie decyzji zamawiającego o wyborze oferty First Class S.A. jako najkorzystniejszej,

-
- powtórzenie czynności badania i oceny oferty First Class S.A. pod względem spełnienia wymogów ustawy Pzp oraz kryteriów zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwzględnieniem wskazanych wyżej okoliczności, faktów i dokumentów,
 - odrzucenie oferty First Class S.A. jako niezgodnej z ustawą Pzp oraz treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie istotnych postanowień umowy §2 pkt 16 Umowy,
 - powtórzenie czynności oceny ofert oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Polskie Linie Lotnicze LOT S.A.,
 - przyznanie na rzecz Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą

Ponadto, Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. wniosła o:

- zobowiązanie First Class S.A. do przedłożenia pełnej listy przewoźników lotniczych dostępnych przez oferowane przez spółkę narzędzie rezerwacyjne BTM,
- wezwanie w charakterze świadka Pana P..... K..... - Prezesa LOT Travel Sp. z o.o. na okoliczność sposobu funkcjonowania systemów rezerwacyjnych, w tym narzędzia BTM, ilości przewoźników dostępnych przez narzędzia online, niemożności weryfikacji połączeń lotniczych przy rezerwacjach dokonywanych poza systemami Amadeus, Sabre i Travelport tj. przez tzw. narzędzia autorskie.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. wskazała, że jednym z dwóch kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest ilość linii lotniczych (przewoźników) dostępnych w bazie danych narzędzia online. Zgodnie z uznaną za najkorzystniejszą przez zamawiającego ofertą First Class S.A., spółka ta dysponuje narzędziem online o nazwie Business Travel Manager, które dzięki zaimplementowanej zaawansowanej wyszukiwarce połączeń lotniczych zapewnia dostęp do 636 linii lotniczych. W ocenie Polskich Linii Lotniczych LOT S.A., zadeklarowana w ofercie przez First Class S.A. liczba linii lotniczych znacznie przekracza możliwości dostępnych na rynku systemów rezerwacyjnych online, tj. Amadeus (ok. 486 linii lotniczych), Sabre (ok. 404 linii lotniczych) czy też Travelport (ok. 598 linii lotniczych). Wykonawca

ten stwierdził, że liczba wszystkich przewoźników lotniczych dostępnych przez ww. narzędzia online jest wprawdzie zmienna lecz oscyluje w granicach od 300 do maksymalnie 600 linii lotniczych dostępnych, w zależności od posiadanego przez użytkownika systemu i modułów dodatkowych.

Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. wyjaśniła, iż oprócz trzech wskazanych wyżej wiodących systemów rezerwacyjnych online na rynku funkcjonują także tzw. narzędzia autorskie, do których zalicza się właśnie system BTM. Systemy te funkcjonują w oparciu o systemy Amadeus czy Travelport, a także czerpią z zasobów innych narzędzi autorskich, w tym także

stron internetowych przewoźników lotniczych. Odwołujący podkreślił, iż narzędzia autorskie, w tym system BTM nie mogą funkcjonować samodzielnie tj. bez połączenia z wiodącymi systemami rezerwacyjnymi, takimi jak Amadeus czy innymi narzędziami autorskimi. Powyższe nasuwa zatem wątpliwość co do zgodności podanej przez spółkę First Class S.A. w ofercie liczby linii lotniczych z liczbą przewoźników lotniczych faktycznie dostępnych przez narzędzie BTM. Według Polskich Linii Lotniczych LOT S.A., wskazana przez First Class S.A. liczba linii lotniczych najprawdopodobniej została zwiększona poprzez zdublowanie niektórych linii lotniczych, a to z uwagi m.in. na możliwość rezerwowania biletów lotniczych również bezpośrednio przez strony internetowe przewoźników lotniczych. A zatem, zaoferowana przez First Class S.A. liczba przewoźników lotniczych uwzględnia zarówno linie lotnicze dostępne przez system Amadeus, jak i podpisane pod narzędzie BTM narzędzia autorskie, w tym także przez strony internetowe przewoźników lotniczych, którzy dostępni są także przez np. system Amadeus.

W związku z powyższym, w opinii Polskich Linii Lotniczych LOT S.A., zachodzi uzasadniona wątpliwość co do prawdziwości oświadczeń First Class S.A. w zakresie faktycznej liczby przewoźników lotniczych dostępnych przez narzędzie rezerwacyjne BTM. Wskazane byłoby, zdaniem Polskich Linii Lotniczych LOT S.A., zobowiązanie First Class S.A. do przedłożenia pełnej listy przewoźników lotniczych dostępnych przez oferowane przez spółkę narzędzie rezerwacyjne BTM.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. wskazała, że okoliczność, iż zaoferowane przez First Class S.A. narzędzie online BTM funkcjonuje m.in. w oparciu o inne narzędzia autorskie powoduje, iż nie będzie możliwa weryfikacja połączenia uzyskanego dzięki takiemu narzędziu autorskiemu w zakresie najkorzystniejszej oferty. O ile bowiem istnieje możliwość dokonania takiej weryfikacji w przypadku połączeń rezerwowanych poprzez wiodące systemy, takie jak Amadeus czy Travelport (weryfikacja u właściciela systemu), to już nie jest to możliwe w przypadku rezerwacji dokonywanych poprzez narzędzia autorskie. Powyższa okoliczność powoduje zatem, iż oferta First Class S.A. nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie istotnych postanowień umowy tj. §2 pkt 16 Umowy.

Ponadto Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. wskazała, opierając się na doświadczeniu w zakresie świadczenia usług przewozu lotniczego na rzecz jednostek administracji publicznej, że liczba przewoźników faktycznie wykorzystywanych w ramach wykonywania ww. usługi oscylowała maksymalnie wokół około 40 przewoźników lotniczych. Powyższe wskazuje zatem, iż przy wyborze najkorzystniejszej oferty większe znaczenie miało kryterium ceny, która w przypadku Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. była zdecydowanie niższa niż oferta First Class S.A., przez co gwarantowała zamawiającemu wykonanie umowy w oparciu o zdecydowanie niższe koszty niż oferta First Class S.A.

W dniu 8 października 2012 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca First Class S.A.

Sprawa o sygn. akt KIO 2129/12:

W postępowaniu tym wykonawca eSKY.pl S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- czynności zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy First Class S.A.,
- zaniechania wykluczenia i w konsekwencji odrzucenia oferty First Class S.A., która to oferta co do zastosowanego przez zamawiającego kryterium ilości linii lotniczych nie wykazała wiarygodnych parametrów wymaganych dla zadeklarowanego narzędzia internetowego do wyszukiwania połączeń lotniczych, a tym samym wprowadzenie warunków udziału

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które są niezasadne i które spowodowały ograniczenie uczciwej konkurencji na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania,

- zaniechania odrzucenia oferty Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. z powodu rażąco niskiej ceny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i niezgodne z przepisami ustawy Pzp sklasyfikowanie na drugim miejscu co do ilości przyznanych punktów oferty Polskich Linii Lotniczych LOT S.A., która zaoferowała rażąco niską cenę za połączenie (1 grosz), i która to oferta ceduje wszelkie uprawnienia na spółkę zależną LOT Travel Sp. z o.o. Z kolei ta spółka udostępnia połączenia za darmo; oferta ta nie uwzględnia kosztów wykorzystania narzędzia internetowego w wysokości 2 Euro za jedną rezerwację, który to koszt jest pośrednio ponoszony przez LOT Travel Sp. z o.o. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
- naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do nieuzasadnionego uprzywilejowania podmiotu mającego realizować zadania będące przedmiotem zamówienia,
- naruszenie prawa poprzez nieuwzględnienie przez zamawiającego obowiązujących przepisów w zakresie pośrednictwa turystycznego, tj. sprzeczność regulacji i warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz późniejszej czynności klasyfikacji ofert z dnia 30 sierpnia 2012 r. i czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 24 września 2012 r. z ustawą z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych (t.j. Dz. U. z 2004 r. Nr 223, poz. 2268 ze zm.), tj. art. 4 ust. 1, art. 7 ust. 1 i 2 ww. ustawy oraz z istotą prawną stosunku reprezentacji, a tym samym wprowadzenie warunków udziału w postępowaniu, które są niezasadne, i które zmierzają do ograniczenia uczciwej konkurencji,

- naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.).

eSKY.pl S.A. wniosła o uwzględnienie odwołania w całości oraz o:

- nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty First Class S.A. oraz czynności klasyfikującej na drugiej pozycji Polskie Linie Lotnicze LOT S.A.,
- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty eSKY.pl S.A. z poszanowaniem zasad określonych w dokumencie specyfikacji istotnych warunków zamówienia i przepisach ustawy Pzp,
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz eSKY.pl S.A. kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z §5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów wydanego na podstawie art. 198 pkt. 2) ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania eSKY.pl S.A. podniosła, iż treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz późniejsze czynności zamawiającego co do klasyfikacji ofert jak w ogłoszeniu z dnia 30 sierpnia 2012 r., w tym czynność z dnia 24 września 2012 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty First Class S.A. oraz sklasyfikowanie na drugim miejscu oferty Polskich Linii Lotniczych LOT S.A., są nieprawidłowe m.in. poprzez nieuwzględnienie przez zamawiającego obowiązujących przepisów w zakresie pośrednictwa turystycznego, tj. sprzeczność regulacji i warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz późniejszej czynności klasyfikacji ofert z dnia 30 sierpnia 2012 r. i czynności z dnia 24 września 2012 r. z ustawą o usługach turystycznych oraz sprzeczność z istotą prawną stosunku reprezentacji.

eSKY.pl S.A. wskazał, że stosownie do treści art. 4 ust. 1, art. 7 ust 1 i 2 ustawy o usługach turystycznych podmioty chcące prowadzić działalność reglamentowaną w tym zakresie wnoszą o dokonanie wpisu do Rejestru Organizatorów Turystyki i Pośredników Turystycznych w Urzędzie Marszałkowskim i uzyskują, bądź nie, stosowny wpis. Wpis ten jest wymagany dla świadczenia pośrednictwa usług turystycznych, i jest podstawą prawną do pośrednictwa w zakresie sprzedaży biletów lotniczych linii lotniczych nie zrzeszonych w IATA tzw. „low-cost” (czynność ta jest niewątpliwie usługą turystyczną m.in. na podstawie art. 3 pkt. 1) ustawy o usługach turystycznych, który to przepis definiuje te usługi jako: „usługi przewodnickie, usługi hotelarskie oraz wszystkie inne usługi świadczone turystom lub odwiedzającym”. Jak zauważyła eSKY.pl S.A., agent wystawiający bilety z uprawnieniami pośrednika turystycznego potwierdzonymi stosownym wpisem jest umocowany do działania na rzecz nabywcy biletu - klienta wobec linii lotniczej tzw. „low-costowej” (z siedzibą poza obszarem Rzeczypospolitej Polskiej). W przypadku sprzedaży biletów linii lotniczych zrzeszonych w organizacji IATA, jest odwrotnie. Zgodnie z autoryzacją IATA, odwołujący się

oferent - wykonawca w niniejszym postępowaniu działać ma w imieniu i na rzecz linii lotniczej,

tej zrzeszonej w IATA. Autoryzacja IATA jest z kolei wymogiem koniecznym dokumentu specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonego przez zamawiającego.

Jak zauważyła eSKY.pl S.A., Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. oraz First Class S.A. zaoferowały reprezentację kontrahentów - linii lotniczych tzw. tanich, które to wszystkie linie lotnicze mają siedziby poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej. Tym samym, wkraczamy w światło wyżej powołanych przepisów reglamentujących i ingerujących w uprawnienia pośrednika turystycznego potwierdzone stosownym wpisem w polskim rejestrze pośredników, w sferę działalności regulowaną państwowym imperium, co bezpośrednio implikuje wywód prawny, iż wykonawcy Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. i First Class S.A. nie mogli reprezentować podmiotów zagranicznych owych linii low-costowych w tej reglamentowanej działalności w Polsce. Stąd też, zdaniem eSKY.pl S.A., postępowanie niniejsze winno być unieważnione.

eSKY.pl S.A. stwierdziła, że zamawiający w niniejszym postępowaniu przetargowym ww. kwestii w ogóle nie uwzględnił, nie zbadał i nie ujął jako warunek czy wymóg specyfikacji istotnych warunków zamówienia dowodząc braku znajomości specyfiki biznesowej, technicznej i IT. Co ważne, w stosunku prawnym z liniami tzw. low-costowymi, których przedmiotem jest sprzedaż biletów lotniczych, agent nie reprezentuje linii lotniczej lecz wyłącznie Klienta-pasażera. Art. 3 pkt 6 ustawy o usługach turystycznych stanowi, że pośrednik turystyczny to przedsiębiorca, którego działalność polega na wykonywaniu, na zlecenie klienta, czynności faktycznych i prawnych związanych z zawieraniem umów o świadczenie usług turystycznych. Zatem, tylko pośrednik turystyczny w sensie prawnym może być wykonawcą zlecenia przez klienta określonej usługi turystycznej (m.in. zakupu biletu lotniczego) linii lotniczej low-costowej. Ta kwestia uprawnień nie została w ogóle określona w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i stała się następstwem chybionych ocen zamawiającego co do ofert Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. i First Class S.A. Takie działanie narusza, w ocenie eSKY.pl S.A., ww. przepisy prawa.

Jak zauważyła eSKY.pl S.A., rozstrzygający jest tutaj art. 4 ust. 1. ustawy o usługach turystycznych, który stanowi, że działalność gospodarcza w zakresie organizowania imprez turystycznych oraz pośredniczenia na zlecenie klientów w zawieraniu umów o świadczenie usług turystycznych (czytaj: zakupu biletów linii tzw. low-costowych), jest działalnością regulowaną w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej i wymaga uzyskania wpisu w rejestrze organizatorów turystyki i pośredników turystycznych. Ust. 2 z kolei stanowi, że działalnością regulowaną, o której mowa w ust. 1, nie jest działalność gospodarcza agentów turystycznych, polegająca na stałym pośredniczeniu w zawieraniu umów o świadczenie usług turystycznych na rzecz organizatorów turystyki posiadających wpis do rejestru, lub na rzecz innych usługodawców posiadających siedzibę w kraju. eSKY.pl S.A. zauważyła przy tym, że żadna z linii lotniczych tzw. low-costowych nie ma siedziby w kraju, czyli

na obszarze Polski. Tym samym, jak stwierdziła eSKY.pl S.A., deklarując w ofertach rzekome uprawnienie do reprezentacji tzw. linii lotniczych low-costowych mających siedziby wyłącznie poza krajem wykonawcy Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. i First Class S.A. naruszyli zasady działalności reglamentowanej w tym zakresie, tj. naruszyli art. 4 ust. 2 ustawy o usługach turystycznych. Zdaniem eSKY.pl S.A., jest to kwestia kluczowa, nie wzięta pod uwagę w specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy późniejszych oraz obecnych czynnościach zamawiającego, i powodująca nieważność ofert wykonawców Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. i First Class S.A. Wykonawcy ci nie mogą bowiem reprezentować w realizacji zamówień tzw. linii lotniczych low-costowych mających siedzibę poza krajem, zgodnie m.in. z wymogiem art. 4 ust. 2 ustawy o usługach turystycznych. Wykonawcy Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. i First Class S.A. nie mają zatem prawa deklarować w swych ofertach możliwości sprzedaży biletów lotniczych linii tzw. low-costowych. To jest niezgodne z prawem i działalnością reglamentowaną stosownymi przepisami.

Ponadto, jak wskazała eSKY.pl S.A., zamawiający nie sformułował w tym zakresie zapytania w specyfikacji, nie ujął nic takiego w tym dokumencie, a powinien. W rezultacie tego doprowadził do złożenia ofert Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. i First Class S.A. nie mających podstaw i umocowania w reżimie i porządku prawnym Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie regulacji dotyczących świadczenia usług turystycznych, w tym sprzedaży biletów lotniczych linii lotniczych tzw. low-costowych.

Zdaniem eSKY.pl S.A., niejasne i nieprecyzyjne są czynności zamawiającego co do definicji narzędzia on-line`owego do zakupu biletów. Jest ono ujęte hasłowo, bez nałożenia obowiązku podania koniecznych szczegółów co do wymogów technicznych narzędzia, i wskazuje na brak zrozumienia istoty funkcjonowania takiego narzędzia w biznesie turystycznym i biznesie sprzedaży biletów lotniczych on-line. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ocena ofert zamawiającego pomijają konieczną kwestię definicji narzędzia on-linowego; konieczne bowiem było sformułowanie w specyfikacji wymogów przedstawienia szczegółów korzystania z tego narzędzia, ujawnienia warunków handlowych ustalonych z dostawcą, producentem i/lub licencjobiorcą tego narzędzia on-line`owego, co w ocenie końcowej pozwoliłoby na eliminację z postępowania ofert z rażąco niską ceną.

Ocena dokonana przez zamawiającego z dnia 30 sierpnia 2012 r. winna była od razu zmierzać do odrzucenia oferty Polskich Linii Lotniczych LOT S.A., której złożenie przez tego wykonawcę - w powyższym aspekcie rażąco niskiej ceny - stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. art. 15 ust. 1 w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp). W ocenie eSKY.pl S.A., dokonywane są czynności niezgodne z przepisami ustawy, polegające na naruszeniu przez zamawiającego art. 15 ust. 1 w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez takie a nie inne sklasyfikowanie na pierwszej pozycji oferty

First Class S.A., a następnie Polskich Linii Lotniczych LOT S.A., sankcjonującej - w przypadku Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. - sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, a także sankcjonującej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Sama konstrukcja oferty Polskich Linii Lotniczych LOT S.A., cedującej niejako wszystkie czynności na podwykonawcę - LOT Travel Sp. z o.o. w formule „udostępnienia do korzystania z zasobów osoby trzeciej” - spółki LOT Travel, jest nieprawidłowe i stanowi obejście prawa. Sprzyja ustaleniu rażąco niskiej ceny zamówienia poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W wyniku tego doszło do nieuzasadnionego uprzywilejowania podmiotu mającego realizować zadania będące przedmiotem zamówienia, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Reasumując, eSKY.pl S.A. stwierdziła, że dokument specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz czynności czy oceny zamawiającego dotąd zdziałane, w szczególności czynność wyboru rzekomo najkorzystniejszej oferty First Class S.A., zawierają szereg uchybień, które w sposób nierówny potraktowały podmioty ubiegające się o zamówienie publiczne w niniejszym postępowaniu, co skutkuje tym, że prowadzone postępowanie uniemożliwia zachowanie uczciwej konkurencji i eliminuje z przetargu określonych przedsiębiorców, w tym eSKY.pl S.A.

W wyniku zasad zamówień określonych w ustawie Pzp, do których przestrzegania jest zobowiązany zamawiający, naraża on na uszczerbek interes prawny eSKY.pl S.A. ubiegającej się o udzielenie niniejszego zamówienia, poprzez naruszenie zasady równości stron, wykreowanie podstaw do zaoferowania rażąco niskiej ceny, nieuwzględnienie istoty prawnej pośrednictwa turystycznego w kontekście uprawnień do sprzedaży ofert linii lotniczych tzw. low-costowych, co w konsekwencji doprowadziło do nieprawidłowego rozstrzygnięcia o wynikach niniejszego postępowania na niekorzyść eSKY.pl S.A.

W dniu 8 października 2012 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca First Class S.A.

W dniu 9 października 2012 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca Polskie Linie Lotnicze LOT S.A.

Izba uznała za nieskuteczne przystąpienie Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. do postępowania odwoławczego z uwagi na zgłoszenie przystąpienia z uchybieniem 3-dniowego terminu wskazanego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert złożonych przez First Class S.A. oraz Polskie Linie Lotnicze LOT S.A., a także stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Nie potwierdził się zarzut postawiony przez obu odwołujących dotyczący liczby przewoźników dostępnych w bazie danych narzędzia online zaoferowanego przez First Class S.A. Izba stwierdziła, że zamawiający ustanawiając kryterium oceny ofert w postaci ilości linii lotniczych (Rozdział VIII pkt II specyfikacji istotnych warunków zamówienia) wymagał od wykonawców złożenia wyłącznie oświadczenia co do liczby linii lotniczych dostępnych w bazie danych narzędzia online. Odwołujący czyniąc zadość wymaganiu zamawiającego złożył takie oświadczenie składając ofertę (pkt 11 Formularza oferty). Izba stwierdziła, że oświadczenie First Class S.A. zostało potwierdzone złożoną w postępowaniu odwoławczym listą przewoźników dostępnych w zaoferowanym narzędziu online aktualną na dzień składania ofert, na której istotnie zamieszczone zostały 636 linie lotnicze. Lista ta została zastrzeżona przez First Class S.A. jako tajemnica ustawowo chroniona. Izba uznała to zastrzeżenie za skuteczne biorąc pod uwagę, iż Business Travel Manager to autorskie narzędzie, dotąd nie udostępnione, a okoliczność, z którymi liniami wykonawca ten nawiązał współpracę ma wartość gospodarczą. Izba stwierdziła również, że na złożonej przez First Class S.A. liście linii lotniczych brak jest powtarzających się linii lotniczych, wskazanych przez odwołującego eSKY.pl S.A. na rozprawie oraz w piśmie z dnia 26 października 2012 r. jednostek, które zaprzestały prowadzenia działalności, jak też podmiotów, które nie są liniami lotniczymi. Prawdziwość oświadczenia First Class S.A. potwierdził również świadek P..... B....., współtwórca narzędzia oferowanego przez tego wykonawcę.

Rozstrzygając przedmiotowy zarzut Izba wzięła pod uwagę okoliczność, iż przystępujący First Class S.A. zaoferował w tym postępowaniu autorski produkt opracowany w ramach projektu współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że okoliczność, iż zadeklarowana w ofercie First Class S.A. liczba linii lotniczych znacznie przekracza możliwości dostępnych na rynku systemów rezerwacyjnych online nie ma znaczenia z uwagi na fakt, iż przystępujący zaoferował autorskie

narzędzie, oparte jedynie na bazach danych Amadeus i Travel Fusion, ale składające się również z autorskiej bazy danych.

Nie jest sprzeczna z oświadczeniem First Class S.A. złożonym w ofercie informacja podana przez tego wykonawcę na stronie internetowej, iż First Class S.A. posiada dostęp do 470 linii lotniczych za pomocą systemu rezerwacyjnego Amadeus. Izba dała wiarę wyjaśnieniom First Class S.A., iż wyszukiwarka dostępna na stronie internetowej tego wykonawcy jest dostępna dla wszystkich klientów indywidualnych, natomiast w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne wykonawca ten zaoferował autorski produkt, który zapewnia dostęp do większej ilości przewoźników.

O nieprawdziwości oświadczenia First Class S.A. nie mogą świadczyć, w ocenie Izby, zeznania świadka P..... K....., ponieważ świadek ten zeznał, że nie zna narzędzi autorskich, nie jest w stanie stwierdzić, na jakiej podstawie liczba 636 linii lotniczych w bazie zaistniała, co więcej, nie zna narzędzia Business Travel Manager oferowanego przez First Class S.A. Zeznania świadka P..... K..... pośrednio potwierdzają ilość linii wskazanych w ofercie First Class S.A. – świadek ten odpowiadając na pytanie czy istnieje możliwość zastosowania autorskiego narzędzia, które będzie zapewniało dostępność do większej liczby linii lotniczych np. 636 zeznał, iż nie jest w stanie sprawdzić czy taka liczba linii będzie dostępna, jednak może stwierdzić, że takie narzędzie opierałoby się na dostępie do dwóch lub więcej innych baz, przy czym należałoby mieć na uwadze możliwość dublowania się przewoźników. Narzędzie Business Travel Manager korzysta z trzech baz danych (pierwsza jest ofertą przewoźników dostępnych w systemie Amadeus, druga jest oferta przewoźników niskokosztowych oferowanych przez Travel Fusion, a trzecia baza danych jest autorskim modulem First Class S.A.), co nie zostało zaprzeczone przez odwołujących. Ponadto, na złożonej liście przewoźników Izba nie stwierdziła dublujących się przewoźników.

Izba stwierdziła, że odwołujący zobowiązani na podstawie art. 6 KC do dowodzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne nie wykazali, że niemożliwe jest stworzenie autorskiego narzędzia, które będzie skupiało zaoferowaną przez First Class S.A. liczbę przewoźników. Odwołujący nie udowodnili również, że narzędzie online zaoferowane przez First Class S.A. nie będzie zapewniało funkcji wymaganych w Rozdziale II pkt I ppkt 4.12) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym weryfikacji przez zamawiającego propozycji

wykonawcy. Odwołujący nie przedłożyli dowodu na potwierdzenie braku możliwości weryfikacji, zaś zeznania świadka P..... K..... w tym zakresie Izba uznała za niewiarygodne z uwagi na brak znajomości przez świadka narzędzia zaoferowanego w postępowaniu przez First Class S.A. Ponadto, nie zostało uprawdopodobnione, iż tylko część linii udostępnionych w narzędziu Travel Fusion daje zgodę na wykorzystanie jej zasobów w kanale B2B. Złożona przez odwołującego lista jest jedynie oświadczeniem strony i jako takie nie stanowi wystarczającego dowodu na potwierdzenie powyższego.

Z uwagi na powyższe, Izba uznała oświadczenie First Class S.A. w zakresie liczby linii lotniczych dostępnych w bazie danych narzędzia online za prawdziwe.

Za bezzasadne Izba uznała twierdzenia Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. o niespełnianiu przez First Class S.A. warunków udziału w postępowaniu, niezgodności oferty First Class S.A. z ustawą czy niezgodności oferty tego wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia podnoszone w kontekście liczby linii lotniczych zaoferowanych przez First Class S.A. Ilość linii lotniczych (przewoźników) stanowiła kryterium oceny ofert, nie zaś warunek udziału w postępowaniu. Zaoferowana liczba dostępnych linii lotniczych nie świadczy też o niezgodności oferty First Class S.A. z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wobec uznania złożonego przez First Class S.A. oświadczenia co do ilości dostępnych linii lotniczych, spełniony jest wymóg zamawiającego postawiony w Rozdziale II pkt I ppkt 4.15 specyfikacji. Mając na uwadze powyższe, Izba nie dopatrzyła się również niezgodności oferty First Class S.A. z § 2 pkt 16 Załącznika 2 do specyfikacji – Istotne Postanowienia Umowy. Izba nie stwierdziła również niezgodności oferty First Class S.A. z ustawą.

Izba nie uwzględniła też zarzutu postawionego przez eSKY.pl co do zaoferowania przez Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. rażąco niskiej ceny. Utrwalony zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych jest pogląd, iż przedmiotem badania w przypadku zaistnienia wątpliwości co do zaoferowania przez danego wykonawcę rażąco niskiej ceny powinna być cena za realizację całego przedmiotu zamówienia. Powyższe wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tymczasem twierdzenia odwołującego eSKY.pl S.A. zmierzały do wykazania, że rażąco niską cenę zaoferowano z tytułu opłaty transakcyjnej. Biorąc pod uwagę ceny za wykonanie zamówienia zaoferowane przez poszczególnych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie sposób uznać, w ocenie Izby, że cena zaoferowana przez Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. jest ceną rażąco niską. Bez wpływu na rozpoznanie przedmiotowego zarzutu pozostaje okoliczność, iż Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. zamierzają powierzyć określony zakres zamówienia podwykonawcom. Powierzenie zamówienia podwykonawcom zostało dopuszczone przez zamawiającego, jest też zgodne z przepisami ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że zaoferowanie przez Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. opłaty transakcyjnej na poziomie 0,01 zł stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba wzięła pod uwagę, iż zamawiający zarówno w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i w projekcie umowy zastrzegł, że opłata transakcyjna ma obejmować rzeczywisty koszt realizacji zamówienia, w szczególności koszt rezerwacji i wystawienia biletu, dostawę biletu, przypominania o zbliżających się terminach wykupu biletów, oferowanie wariantów połączeń, zorganizowanie i zabezpieczenie kompleksowej realizacji przedmiotu umowy, koszt powtórzenia rezerwacji, zmiany rezerwacji, zwrotu biletu, reklamacji, odprawy oraz wszelkie interwencje związane z obsługą przelotu oraz wszystkie inne koszty związane z należytym i zgodnym z SIWZ wykonaniem przedmiotu zamówienia (Rozdział VI pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, § 4 ust. 2 pkt 1 Załącznika 2 do specyfikacji – Istotne Postanowienia Umowy). Wykonawcy składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu zobowiązani byli skalkulować wysokość opłaty transakcyjnej w taki sposób, aby uwzględniała ona rzeczywisty koszt wykonania ww. czynności, tak, jak wymagał tego zamawiający.

Izba stwierdziła, że brak jest możliwości, aby w kwocie 0,01 zł zawarty był koszt wszystkich wymienionych powyżej usług, zważywszy na fakt, iż do wykonania części z nich niezbędne jest zaangażowanie potencjału ludzkiego. Okoliczność, iż Polskie Linie Lotnicze LOT

S.A. uzyskuje wpływy z prowizji od innych przewoźników czy wpływy z zastosowanych taryf lotniczych, na co wskazywała Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. w piśmie z dnia 11 września 2012 r., nie zmieniają okoliczności, iż wskazana w ofercie opłata transakcyjna, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, miała odzwierciedlać rzeczywiste koszty wykonania szeregu czynności. Ewentualne przyszłe dochody z tytułu liczby sprzedanych biletów lotniczych uzyskiwane od podmiotów trzecich, wobec przytoczonej powyżej treści specyfikacji, pozostają bez wpływu na wysokość opłaty transakcyjnej. Izba zważyła przy tym, że wysokość opłaty transakcyjnej miała zasadniczy wpływ na cenę oferty, która podlegała ocenie w ramach ustanowionych przez zamawiającego kryteriów. W ocenie Izby, zaoferowanie opłaty transakcyjnej na poziomie 0,01 zł stanowi działanie zagrażające interesom innych wykonawców, bowiem inni przedsiębiorcy, którzy wycenili wskazany przez zamawiającego zakres usług na kwoty rzeczywiste, wynikające z wartości świadczenia, znaleźli się w gorszej sytuacji podczas oceny ofert w kryterium ceny. Działania Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. utrudniały pozostałym wykonawcom dostęp do rynku, mimo tego, że zaoferowali oni realne ceny mając jednak na uwadze konkutowanie o przedmiotowe zamówienie. Niewątpliwie, sposób kalkulacji przez Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. wysokości opłaty transakcyjnej zmierzał do uzyskania jak najwyższej ilości punktów w ustanowionym przez zamawiającego kryterium ceny, do zdobycia przewagi konkurencyjnej. Celem działania Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. nie było konkutowanie rzetelną ofertą, lecz zabieg stwarzający sztuczną przewagę, któremu ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pozwala przeciwdziałać także na gruncie ustawy Pzp przez odrzucenie oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że działanie Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba uznała, że rozpoznanie przedmiotowego zarzutu ma wpływ na wynik postępowania, mimo że w wyniku rozstrzygnięcia obu odwołań za prawidłowy Izba uznała wybór jako najkorzystniejszej oferty First Class S.A. - oferta Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. została sklasyfikowana na drugim miejscu pod względem ustanowionych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, zatem w przypadku zaistnienia przesłanek określonych w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany byłby do wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej bez przeprowadzania ponownego badania i oceny ofert, a co za tym idzie, do zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta podlega odrzuceniu.

Bez wpływu na rozstrzygnięcie sprawy pozostaje przy tym złożona przez eSKY.pl S.A. informacja Politechniki Lubelskiej z dnia 12 kwietnia 2012 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu na rezerwację, wystawianie, sprzedaż i sukcesywną dostawę biletów lotniczych w 2012 r. – dokument ten dotyczy innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem nie może stanowić dowodu w niniejszej sprawie.

Jednocześnie za spóźniony Izba uznała zarzut naruszenia wskazanych przez odwołującego eSKY.pl S.A. przepisów ustawy o usługach turystycznych. Zarzut ten dotyczy treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co jednoznacznie potwierdzają twierdzenia odwołującego zawarte na stronach 2, 4 i 5 odwołania, zaś termin na wniesienia odwołania wobec treści specyfikacji, zgodnie z art. 182 ust. 2 ustawy Pzp, minął. Jednak nawet gdyby uznać, iż zarzut ten dotyczy prawidłowości oceny przez zamawiającego ofert wykonawców First Class S.A. oraz Polskich Linii Lotniczych LOT S.A., zarzut ten należałoby uznać za niezasadny. Zamawiający nie może żądać złożenia przez wykonawców dokumentów, których nie wymagał w treści specyfikacji (brak ustanowienia wymagań w tym zakresie potwierdził odwołujący na stronie 4 i 5 odwołania).

Ponadto, Izba nie dopatrywała się naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz

§5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła wniosek zamawiającego oraz odwołującego eSKY.pl S.A. o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocników w kwocie 3 600 PLN, zgodnie z przedłożonymi rachunkami.

Przewodniczący: