

Sygn. akt: KIO 2084/18

WYROK

z dnia 23 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Emilia Garbala

Jan Kuzawiński

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2018 r. przez wykonawcę **WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, Kielnarowa 108a, 36-020 Tyczyn**

w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 3964 ul. Bystra 1, 03-700 Warszawa**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. Bankowe Biuro Podróży Travelbank Sp. o.o., Al. Jerozolimskie 142B, 02-305 Warszawa,

B. Polish Travel Quo Vadis sp. z o.o., ul Ptasia 2, 00-138 Warszawa,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie** w zakresie części zarzutów dotyczących oferty wykonawcy Polish Travel Quo Vadis sp. z o.o., i nakazuje zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - 1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Polish Travel Quo Vadis sp. z o.o. na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
 - 1.3. odtajnienie wydruków z systemu GDS załączonych do oferty wykonawcy Polish Travel Quo Vadis sp. z o.o.,

w pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Jednostkę Wojskową 3964 ul. Bystra 1, 03-700 Warszawa** 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;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: **Jednostki Wojskowej 3964 ul. Bystra 1, 03-700 Warszawa** na rzecz odwołującego: **WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa** kwotę **18 600,00 zł 00 gr** (osiemnaście tysięcy sześćset złotych), w tym kwotę 3 600,00 zł 00 gr tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Jednostka Wojskowa 3964 w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” na usługi zakupu międzynarodowych biletów na przewozy lotnicze i kolejowe. Numer referencyjny: 18/2018/Z; Znak sprawy: 3964-SZP.2612.13.2018 (dalej: „Postępowanie”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 lipca 2018 r. pod numerem 2018/S 143-327318. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 28 września 2018 r. Zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. W dniu 8 października 2018 r. wykonawca WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej, badania i oceny ofert, w tym zaniechania odrzucenia ofert i wykluczenia wykonawców: Bankowe Biuro Podróży „TravelBank” sp. z o.o. (dalej: „TravelBank”) oraz Polish Travel Quo Vadis sp. z o.o. (dalej: „PTQV”). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 2 ustawy Pzp w związku z tym, iż wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę PTQV są całkowicie gołosłowne i nie zawierają dowodów ani nawet argumentów na poparcie, iż oferta Wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny, a także z uwagi na to, iż złożone wyjaśnienia potwierdzają obarczenie oferty PTQV wadą rażąco niskiej ceny oraz nie zawierają odpowiedzi na wezwanie skierowane przez Zamawiającego do Wykonawcy PTQV;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy PTQV pomimo, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PTQV pomimo, iż jej treść nie jest zgodna z SIWZ z uwagi na przedstawienie wycen biletów niedostępnych dla Zamawiającego;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez celowe podanie przez Wykonawcę PTQV innej ceny biletów, niż faktycznie dostępna dla Zamawiającego;

- 5) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia załączników do wyceny biletów przedstawionych przez Wykonawcę PTQV, pomimo iż wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w żaden sposób nie potwierdzają, iż złożone przez Wykonawcę dokumenty zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa, a Wykonawca w tym zakresie nie przedstawia żadnych dowodów;
- 6) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp ze względu na zaniechanie wykluczenia Wykonawcy PTQV, pomimo iż przedstawiona oferta, wyjaśnienia użycia klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazują na fakt, iż przedstawione przez Wykonawcę PTQV informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia mają wprowadzić Zamawiającego w błąd;
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy TravelBank pomimo, iż zawiera błąd w obliczaniu ceny polegający na przeliczeniu polskich złotych na euro, a następnie euro na polskie złote;
- 8) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy TravelBank, mimo że zawiera zmanipulowaną cenę biletów poprzez dokonane celowo podwójne przeliczenie walutowe;
- 9) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy TravelBank pomimo iż w oczywisty sposób Wykonawca składa nieprawdziwe informacje, co do ceny biletów, gdyż cena biletów w formularzu ofertowym oraz załączniku A do Formularza ofertowego nie odpowiada cenie biletów wyliczonej zgodnie ze złożonymi dowodami;
- 10) Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7c) oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wariantowej Wykonawcy TravelBank, która nie spełnia wymagań postawionych w SIWZ - Zamawiający nie dopuścił ofert wariantowych.

oraz wszystkich innych przepisów prawa, których naruszenie wynika z treści odwołania.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert;
- 3) odrzucenia ofert Wykonawców PTQV oraz TravelBank;
- 4) wykluczenia Wykonawców PTQV oraz TravelBank z Postępowania.

Wykazując posiadanie uprawnienia do skorzystania ze środków ochrony prawnej, Odwołujący podał m.in., iż złożył ważną ofertę, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, co wynika z faktu, iż wszystkie pozostałe oferty w Postępowaniu podlegają

odrzuconiu, a pozostali Wykonawcy podlegają wykluczeniu z Postępowania. Tymczasem, na skutek podjętych przez Zamawiającego niezgodnie z prawem czynności, Odwołujący może nie uzyskać przedmiotowego zamówienia, skutkiem czego może ponieść szkodę, bowiem nie uzyska korzyści płynących z realizacji zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, iż złożone przez niego odwołanie dotyczy w zasadniczym stopniu problematyki wyceny biletów lotniczych. Cena biletu obejmuje wiele składników. Podstawowy podział obejmuje tak zwaną podstawę taryfy (fare basis) oraz podatki i opłaty (taxes). Klient jest zobowiązany do uiszczenia zarówno podstawy taryfy, jak i podatków i opłat. Agent IATA przekazuje całą kwotę do linii lotniczej, a sam otrzymuje prowizję (commission) standardowo w wysokości 1/10000 podstawy taryfy. Wyszczególnienie osobno przy rezerwacji biletu lotniczego pozycji „fare basis” oraz poszczególnych podatków i opłat nie zmienia faktu, iż cenę biletu stanowi łączna suma wszystkich opłat, podatków i podstawy taryfy. Wyszczególnienie w systemach GDS większej ilości składników niż standardowe „cena netto”, „vat”, „cena brutto” wynika z faktu, iż dla użytkowników systemów GDS bardziej szczegółowe informacje okazują się przydatne, nie wpływa to jednak na pojęcie „ceny biletu brutto”, która odpowiada wartości „Total”. Fare basis jest oznaczone na szczegółowej kalkulacji rezerwacji, jako „fare”, „fare basis”, „air fare” itp. Opłaty i podatki są oznaczone słowem „TAX”, „Airline surcharges” itp. Dodatkowo każda z opłat i podatków ma swoje oznaczenie, np. YQ to opłata paliwowa, czyli koszt paliwa przypadający na jednego pasażera lotu. Bez uiszczenia któregośkolwiek z podatków lub opłaty paliwowej jest naliczana opłata dodatkowa w odpowiedniej wysokości. Zakup i rozliczenie biletów lotniczych w Polsce odbywa się w polskich złotych.

W uzasadnieniu podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy PTQV, Odwołujący podał m.in., iż wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę PTQV na wystąpienie Zamawiającego w związku z podejrzeniem wystąpienia w ofercie tego wykonawcy rażąco niskiej ceny, z uwagi na to, iż cena w ofercie tego Wykonawcy jest o 47% niższa od średniej ceny ofert w Postępowaniu, są całkowicie gołosłowne i nie zawierają dowodów ani nawet argumentów na poparcie, iż oferta tego Wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny, a także z uwagi na fakt, iż złożone wyjaśnienia potwierdzają obarczenie oferty PTQV wadą rażąco niskiej ceny oraz nie zawierają odpowiedzi na wezwanie skierowane przez Zamawiającego. Wykonawca PTQV nie przedstawił ani jednego twierdzenia wprost odnoszącego się do wezwania Zamawiającego, w szczególności wbrew wezwaniu Zamawiającego nie przedstawił kalkulacji ani wyliczenia kosztów przelotu na podanych przez Zamawiającego trasach. Argumentacja Wykonawcy PTQV ograniczyła się do zapewnienia, iż dołożył wszelkich starań aby spełnić wymagania dotyczące zrealizowania usługi. Oświadczył również, iż przy wycenie uwzględnił specjalne upusty i promocje dostępne dla siebie, w szczególności powołał się na „specjalne upusty i taryfy prywatne”, nie wskazując ani w jakiej wysokości, ani na jakiej podstawie

dysponuje taryfami i promocjami, na które się powołuje. Odwołujący stwierdził, iż upusty i promocje, którymi dysponują Agenci IATA, co do zasady, nie mają przełożenia na ceny biletów dostępne dla Zamawiającego, ponieważ punkty z programów lojalnościowych nie przenoszą się pomiędzy Klientami, a stawki IT (specjalne) są, co do zasady przyznawane dla konkretnego Klienta.

Odwołujący podał, iż Wykonawca PTQV wskazał, iż do oferty dołączono wydruki wystawionych z systemu GDS biletów lotniczych, które to wydruki zawierają informacje dotyczące wszystkich opłat, które dodatkowo należy ponieść na rzecz linii lotniczych. Odwołujący stwierdził, iż na koniec Wykonawca PTQV wskazał, iż „stosuje opłaty manipulacyjne za usługi przed i posprzedażne na odpowiednim poziomie cenowym, wyższym niż powszechnie stosowane”, co w ocenie Odwołującego nie ma żadnego wpływu na umiejętności zatrudnianych kasjerów, a nadto wskazuje na doliczanie opłat do ceny biletów. Ponadto, Odwołujący podniósł, iż z wyjaśnień nie wynika, aby opłaty za czynności „przedsprzedażne” i „posprzedażne” zostały uwzględnione w cenie biletów ani w jakikolwiek inny sposób uwzględnione w ofercie Wykonawcy. Wykonawca ten nie powołuje się również na żadne dopłaty z linii lotniczych lub systemów GDS. W ocenie Odwołującego Wykonawca nie wskazał w jaki sposób ma zamiar osiągnąć zysk albo przynajmniej nie ponieść straty podczas realizacji zamówienia.

Następnie Odwołujący zauważył, iż Wykonawca PTQV złożył ofertę, w której wycenił bilety na trasach przedstawionych przez Zamawiającego na kwotę 14 081,82 zł. Kwota ta stanowi około 50% ceny za analogiczne bilety zaoferowanej przez Wykonawcę TravelBank oraz 30% ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Powyższe uzasadnia powstanie domniemania, iż oferta Wykonawcy PTQV jest obarczona wadą rażąco niskiej ceny, którego to domniemania wykonawca PTQV nie wzruszył. Cena zaproponowana przez PTQV jest niższa niż minimalna cena teoretycznie możliwa do osiągnięcia na trasach podanych przez Zamawiającego, przy dokonaniu rezerwacji zgodnie z wymaganiami SIWZ. Wyceny przedstawione przez Wykonawców w Postępowaniu miały stanowić cenę proponowaną dla Zamawiającego zgodnie z kryterium cenowym, co oznacza, iż wycena miała odnosić się do ceny biletów możliwej do zaproponowania dla Zamawiającego. Tymczasem, cena zaproponowana przez Wykonawcę PTQV jest poniżej tego poziomu, ponieważ zawiera, zgodnie z jego wyjaśnieniami, jego stawki specjalne i promocyjne.

Nadto Odwołujący wskazał, iż oferta Wykonawcy PTQV zawiera wycenę biletów niedostępnych dla Zamawiającego. Wykonawca nie był uprawniony do stosowania promocji, które nie są możliwe do zastosowania dla Zamawiającego. Zgodnie z wyraźnym opisem kryterium cenowego, które dotyczy przedstawienia ceny biletów, Wykonawca był zobowiązany do wskazania najniższej ceny, jaką może zaproponować Zamawiającemu za przeloty na

danych trasach i we wskazanych terminach. Cena zakupionego biletu musiała być podana w walucie polskiej. Nie było możliwe zaproponowanie biletu opłacanego w całości lub częściowo za waluty wirtualne, punkty promocyjne itp. gdyż są to „pseudo” lub „krypto” waluty niemające oficjalnego kursu względem polskich złotych. Nie jest również dopuszczalne pominięcie tego składnika ceny w ostatecznej cenie biletu. Wydatkowanie punktów lub kryptowalut prowadzi do zubożenia w majątku nabywcy, dokładnie takiego samego jak każda transakcja oparta na zasadach wymiany. Tak więc, przedstawienie chociaż jednego biletu zarezerwowanego na zasadach programu Miles & More lub podobnego stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Odwołujący stwierdził, iż zastosowanie promocji, upustów lub biletów niedostępnych dla Zamawiającego wprost przesądza o przeprowadzeniu wyceny w błędny sposób, zaś stwierdzenie, iż w wyczeniu ceny biletu nie uwzględniono opłat dla linii lotniczych stanowi jasne przyznanie, iż w cenie biletów celowo nie uwzględniono wszystkich składników ceny.

Uzasadniając zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia załączników do wyceny biletów przedstawionej przez Wykonawcę PTQV, pomimo iż wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w żaden sposób nie potwierdzają, iż złożone przez Wykonawcę dokumenty zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa, a Wykonawca w tym zakresie nie przedstawia żadnych dowodów, Odwołujący wskazał, iż wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez Wykonawcę PTQV są całkowicie gołosłowne, nie zawierają żadnych dowodów na potwierdzenie stawianych twierdzeń w zakresie objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, iż w akapicie trzecim „Wyjaśnień użycia klauzuli tajemnica przedsiębiorstwa” Wykonawca PTQV wskazał, iż „W załączonych kalkulacjach z systemu GDS zawarto informacje niepodane do wiadomości publicznej, o charakterze technologicznym...” itd. Tymczasem w żadnym miejscu wyjaśnień nie wskazano, jakie informacje są poufne, tak więc nie wiadomo, które informacje są zdaniem Wykonawcy PTQV poufne i konkretnie jaką mają wartość gospodarczą. Takie działanie jest, w ocenie Odwołującego, o tyle zrozumiałe, iż takie wydruki z systemu GDS nie zawierają informacji poufnych. Wydruki z systemów GDS mogą zawierać informacje poufne, ale tylko wtedy, gdy dotyczą biletów faktycznie wystawionych i zakupionych. Wtedy informacją poufną mogą być dane osobowe. Wobec tego, w takiej sytuacji możliwe jest po prostu utajnienie informacji poufnych tj. danych osobowych, gdyż zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp utajnia się jedynie „informacje”, a nie dokumenty. W Postępowaniu taka sytuacja nie występuje, gdyż przedstawione rezerwacje nie odnoszą się do faktycznych osób, zatem wydruki z systemów GDS nie przenoszą informacji poufnych. Następnie, odnosząc się do ostatniego akapitu wyjaśnień tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący wskazał, iż kalkulacja ceny posiada wartość gospodarczą jedynie do czasu, aż cena nie zostanie przedstawiona

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Kalkulacja ceny może zachować status tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie w przypadku, w którym zawiera jakąkolwiek permanentną wartość. Tymczasem, Wykonawca PTQV nie wskazał, jakie informacje posiadające wartość gospodarczą są objęte permanentną tajemnicą przedsiębiorstwa. Co również, w ocenie Odwołującego, jest zrozumiałe, ponieważ wydruki z systemów GDS nie zawierają takich informacji. W odniesieniu do twierdzeń formalnych dotyczących objęcia informacji zawartych w systemach GDS tajemnicą służbową, Wykonawca PTQV także nie przedstawił żadnych dowodów.

Uzasadniając zarzut naruszenia art 24 ust 1 pkt 17 ustawy Pzp ze względu na zaniechanie wykluczenia Wykonawcy PTQV, pomimo iż przedstawiona oferta i złożone wyjaśnienia wskazują na fakt, iż przedstawione przez PTQV informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w Postępowaniu mają wprowadzić Zamawiającego w błąd, Odwołujący podał, iż Wykonawca PTQV wprowadził Zamawiającego w błąd w „Wyjaśnieniach użycia klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa”, dokumencie złożonym jako wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz w przedstawionych kalkulacjach (Załącznik A do formularza ofertowego) i w konsekwencji w samym Formularzu ofertowym. W odniesieniu do wyjaśnień tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca PTQV posługuje się bowiem nieprawdziwymi stwierdzeniami, dotyczącymi wydruków systemów GDS. Poprzez same utajnienie wydruków w całości składa nieprawdziwe oświadczenie, iż wszystkie zawarte w nich informacje są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, które to oświadczenie jest następnie potwierdzone w wyjaśnieniach. Jednocześnie, nieprawdą jest aby wydruki z systemu GDS zawierały jakiekolwiek informacje, które mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa poza szczególnymi sytuacjami, gdy dotyczy to danych osobowych. W odniesieniu do dokumentu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Odwołujący podał, iż wykonawca PTQV manipuluje faktami w taki sposób, aby wprowadzić Zamawiającego w błąd poprzez powołanie się na własne „specjalne upusty i taryfy prywatne”. Jak sama nazwa wskazuje „taryfy prywatne” są dostępne wyłącznie w przypadku, gdy zakup będzie dokonywany na rzecz konkretnego podmiotu i taryfy prywatne innych klientów lub wykonawcy PTQV nie przysługują Zamawiającemu. Takie taryfy są przeznaczone dla pracowników danego podmiotu. Odwołujący zauważył, iż w użyciu w systemie GDS każdego z Wykonawców pozostają stawki specjalne i prywatne dla wszystkich klientów danego wykonawcy, co jednak nie pozwala na użycie ich dla Zamawiającego. Jednocześnie, w ocenie Odwołującego, wykonawca PTQV w sprytny sposób kamufluje, iż przedstawione przez niego ceny nie są „ostateczne”, tj. nie obejmują wszystkich składników ceny. Wynika to zarówno z wyjaśnień przedstawionych przez Wykonawcę PTQV, jak i z faktu, iż przedstawione przez niego ceny są poniżej możliwych do uzyskania cen dla Zamawiającego. Jednocześnie

działanie polegające na utajnieniu kalkulacji służy ochronie nie „tajemnicy przedsiębiorstwa” Wykonawcy PTQV, a ukryciu wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Zestawienie ze sobą informacji przedstawionych jako wyjaśnienie tajemnicy przedsiębiorstwa z twierdzeniami przedstawionymi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, zdaniem Odwołującego, czyni podane informacje całkowicie niewiarygodnymi. Wykonawca PTQV w swoich wyjaśnieniach tajemnicy przedsiębiorstwa powołuje się ogólnie na swoją wiedzę i doświadczenie, tudzież „know-how”, co miałyby pozwolić mu na uzyskanie ponadstandardowo niskich cen biletów. Argumentacja ta nie znajduje powtórzenia w dokumencie przedstawionym na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Przeciwnie, Wykonawca PTQV powołuje się tam na zupełnie inne okoliczności, tj. na posiadane stawki specjalne, prywatne itp. Tymczasem, wskazane przez Wykonawcę stawki nie zostały utajnione, lecz są jawne w formularzu oferty. Tajne natomiast pozostają np. informacje o: nazwie linii lotniczej, które stanowią powszechnie dostępną informację; nazwach portów docelowych, stanowiących powszechnie dostępną informację; numerze biletu i rezerwacji, które są niezbędne do oceny, czy występuje bilet lotniczy lub czy została założona rezerwacja; określenie stosowanych taryf, która to informacja pozwala ocenić czy realne jest uzyskanie podanych przez Wykonawcę cen. Przede wszystkim jednak tajne pozostają kwoty „Total”, „fare basis” oraz kwoty poszczególnych opłat i podatków, W odniesieniu do kwoty „Total” jest to szczególnie niezrozumiałe, gdyż kwoty „Total” powinny być znaleźć odzwierciedlenie w formularzu oferty, czyli ich cechą jest to, iż stanowią jawną informację w Postępowaniu. W przypadku stawek specjalnych, negocjowanych itp. w miejscu kwoty na bilecie lotniczym znajduje się wartość IT zamiast danej ceny. Dlatego utajnianie biletów lotniczych nie jest niezbędne w celu zachowania swoich stawek specjalnych, promocyjnych itp. W ocenie Odwołującego jeżeli bilety przez Wykonawcę PTQV byłyby przygotowane rzetelnie nie byłoby żadnej przesłanki, aby utajniać jakikolwiek fragment biletu, a już w szczególności ostatecznej kwoty biletów lotniczych. Zdaniem Odwołującego Wykonawca PTQV utajnił swoje „bilety lotnicze” jedynie w celu ukrycia błędów w przedstawionych biletach. W odniesieniu do nieprawdziwych informacji dotyczących „tajemnicy przedsiębiorstwa” Wykonawca uniemożliwia innym Wykonawcom weryfikację swojej oferty, czym bardzo utrudnia złożenie odwołania np. na inne błędy w swojej ofercie. W ocenie Odwołującego złożenie odwołania jest prawem, które przysługuje każdemu zainteresowanemu podmiotowi na podstawie przepisów ustawy Pzp i nie może być w żaden sposób ograniczane działaniem innego Wykonawcy lub Zamawiającego. W przypadku gdy wyjaśnienia są wprowadzające w błąd, jak w przypadku wyjaśnień Wykonawcy PTQV, Wykonawca składający takie wyjaśnienia, w ocenie Odwołującego, powinien zostać wykluczony z Postępowania.

Uzasadniając zarzuty dotyczące oferty Wykonawcy TravelBank, Odwołujący wskazał, iż Wykonawca ten złożył ofertę, w której zaproponował bilety zakupione w złotych, następnie przeliczył je na euro, a później znowu na polskie złote. Działania te podjął celowo, tłumacząc komendę do przeliczenia złotych na euro w przypadku 11/12 biletów. W przypadku biletu nr 7, co prawda sytuacji nie wyjaśniono, ale Wykonawca TravelBank dokonał analogicznych przeliczeń, jak w przypadku pozostałych biletów. W ocenie Odwołującego jest to klasyczny przykład błędu w obliczaniu ceny, gdyż cena biletów zaproponowana przez Wykonawcę TravelBank w Formularzu ofertowym nie odpowiada przedstawionym dokumentom. Różnica pomiędzy ceną oferty, a sumą składników ceny powstała w wyniku celowego działania Wykonawcy Travel Bank w żadnym wypadku nie stanowi omyłki.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, iż Zamawiający wymagał przeliczenia ceny według kursu walutowego z dnia 31 sierpnia 2018 r., ale nie w przypadku gdy bilet jest nabywany w polskich złotych, jak ma to miejsce w przypadku oferty TravelBank. Przeliczenie waluty polskiej na walutę obcą, aby ponownie ją przeliczyć na polskie złote nie ma żadnego sensu i urąga zasadom logiki. Tymczasem zapisy SIWZ należy czytać zgodnie z tymi zasadami.

Zdaniem Odwołującego oferta TravelBank zawiera zmanipulowaną cenę biletów poprzez podwójne przeliczenie walutowe. Celowe podanie ceny, która jest jednym z kryteriów oceny ofert, w innej wartości niż wynikająca z przedstawionych dokumentów stanowi, zdaniem Odwołującego, niewątpliwą próbę wprowadzenia Zamawiającego w błąd, która może mieć wpływ na wynik postępowania i w związku z tym wypełnia przesłanki do wykluczenia Wykonawcy TravelBank z Postępowania i znajduje potwierdzenie w wyniku dokonania prostych przeliczeń matematycznych w odniesieniu do kalkulacji ceny oferty Wykonawcy TravelBank, jak i porównania cen biletów do tych przedstawionych w Załączniku A do Formularza ofertowego. Różnica w cenach poszczególnych biletów względem wartości przedstawionych w Formularzu Oferty oraz w Załączniku A do formularza oferty wynika z wykonanych przez Wykonawcę TravelBank przeliczeń walutowych. Odwołujący stwierdził, iż Wykonawca TravelBank celowo zmanipulował cenę oferty złożonej w Postępowaniu, co samodzielnie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Następnie Odwołujący podniósł, iż zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Oznacza to, iż w przypadku przyjęcia oferty Wykonawcy TravelBank w takim kształcie TravelBank może dokonywać przeliczeń kursowych z polskich złotych na walutę obcą, a dopiero następnie na polskie złote i bilety w takim kształcie proponować Zamawiającemu. Takie działanie pozwoli Wykonawcy TravelBank na uzyskanie nieuzasadnionych korzyści na etapie realizacji umowy w wyniku manipulacji ceną oferty. Nadto

działanie Wykonawcy TravelBank, polegające na zaoferowaniu Zamawiającemu biletów, których cena jest przeliczona podwójnie, najpierw z polskich złotych na euro, a później z euro na złotówki nosi znamiona oferty wariantowej, natomiast Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych. Odwołujący stwierdził, iż Wykonawca TravelBank nie gwarantuje Zamawiającemu podawania cen biletów zgodnych z cenami wyrażonymi na biletach lotniczych, ma natomiast zamiar zagrać z Zamawiającym w „grę” kursami walutowymi. Takie działanie może przynieść Wykonawcy TravelBank dodatkowy zysk z realizacji umowy nieprzewidziany zapisami SIWZ. Podwójne przeliczenie nie jest przykładem uczciwej umowy pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą, zwłaszcza jeżeli ten sposób wykonywania zamówienia jest narzucony przez Wykonawcę.

W dniu 12 października 2018 r. swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy: Polish Travel Quo Vadis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania oraz Bankowe Biuro Podróży TravelBank Sp. o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie w całości zarzutów skierowanych przeciwko temu wykonawcy.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód w postępowaniu: dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazaną przez Zamawiającego w formie kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem oraz dowody przedłożone przez Odwołującego i Polish Travel Quo Vadis sp. z o.o. .

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, w tym treścią SIWZ oraz treścią złożonych w Postępowaniu ofert, treścią korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą Polish Travel Quo Vadis sp. z o.o. w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny, dowodami złożonymi na rozprawie przez Odwołującego i wykonawcę Polish Travel Quo Vadis sp. z o.o., po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk stron i uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących jego odrzuceniem, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę, która według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, w przypadku potwierdzenia się zasadności zarzutów, przedstawionych w odwołaniu, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, co mogłoby skutkować uzyskaniem przez niego zamówienia.

Wykonawcy: Polish Travel Quo Vadis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Bankowe Biuro Podróży TravelBank Sp. o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej także: „Przystępujący”), zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wypełnili wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania od zamawiającego kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.* W związku z tym ww. wykonawcy skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego, stając się jego uczestnikami.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa zakupu międzynarodowych biletów na przewozy lotnicze i kolejowe w okresie od 1 stycznia 2019 r. do 31 grudnia 2020 r. Zgodnie z SIWZ „Zamówienie ma być realizowane z zachowaniem następujących zasad:

- 1) Realizacja usługi zgodnie z zamówieniem, w najkorzystniejszym pod względem cenowym i czasowym dla Zamawiającego wariantcie.
- 2) Przedstawianie przedstawicielowi Zamawiającego wariantów połączeń z uwzględnieniem wszelkich preferencji tj. ceny, czasu podróży i minimalnej ilości przesiadek w ustalony, dogodny dla niego sposób (fax, tel. e-mail).
- 3) Uwzględnianie wszelkich zmian, co do terminu, planu podróży, nazwisk osób podróżujących, standardu usługi. Przez standard rozumie się klasę ekonomiczną i biznes.
- 4) W przypadku braku miejsc w klasie ekonomicznej i dokonaniu rezerwacji w klasie droższej, sprawdzanie przez Wykonawcę, czy zwolniło się miejsce w klasie tańszej i jeśli istnieje taka możliwość, Wykonawca odpowiednio zmienia rezerwację.
- 5) Zakup biletu następuje po złożeniu przez przedstawiciela Zamawiającego, tj. jednostki organizacyjnej wyżej wymienione - zamówienie pisemne, faksem lub drogą elektroniczną - (zamówienie na bilet lotniczy, zamówienie na bilet kolejowy) podpisanego przez upoważnionych pracowników zgodnie z przepisami taryfowymi.
- 6) Bezpłatne dostarczenie zamówionych biletów wraz z fakturą VAT, każdorazowo w terminie ustalonym przez strony, nie później jednak niż 24 godziny przed rozpoczęciem podróży, której dotyczy bilet. Wykonawca dostarczy bilet wraz z fakturą VAT pod wskazany przez przedstawiciela Zamawiającego adres, w granicach administracyjnych m. st. Warszawy. Przedstawiciel Zamawiającego ma prawo do rezygnacji z usługi dostarczenia biletu.
- 7) W przypadku zwrotu biletu z powodu odwołania wyjazdu, Wykonawca zwraca Zamawiającemu na podstawie faktury korygującej tę część zapłaconej kwoty, która

pozostanie po potrąceniu kosztów obliczonych zgodnie z zasadami określonymi w regulaminach przewoźnika realizującego dane zamówienie.

- 8) Wykonawca zobowiązuje się do sporządzania i przedkładania w siedzibie Zamawiającego miesięcznych zestawień zbiorczych sprzedanych biletów na podstawie zamówień przedstawicieli Zamawiającego, zawierających imię i nazwisko pasażera, trasę podróży, datę wyjazdu/powrotu, cenę jednostkową biletu do zapłacenia, zastosowany upust cenowy.
- 9) Przedstawicielowi Zamawiającego będzie przysługiwało prawo porównania cen biletów lotniczych oferowanych przez Wykonawcę z cenami biletów na ten sam dzień i trasę oferowanych przez inne biura lub przez przewoźników w sprzedaży bezpośredniej. W przypadku stwierdzenia różnicy, w cenie biletu oferowanego przez Wykonawcę, a ceną biletu w innym biurze na korzyść Zamawiającego, Wykonawca jest zobowiązany sprzedać bilet w cenie oferowanej przez to biuro.
- 10) Zamawiający preferuje wystawianie biletów w formie papierowej (bez dodatkowych z tego tytułu opłat). Jeżeli dany przewoźnik nie wystawia biletów w takiej formie, dopuszcza się wystawienie biletu elektronicznego.
- 11) Zamawiający dopuszcza możliwość podróżowania na bazie dwóch lub większej ilości odrębnych biletów.
- 12) W trakcie obowiązywania umowy Wykonawca zobowiązany będzie do:
 - a) rezerwacji i zakupu biletów lotniczych z zachowaniem uczciwości handlowej (w klasach wymaganych przez Zamawiającego m. in.: ekonomicznej i biznes na trasach europejskich i reszty świata), wg obowiązujących taryf określonych przez przewoźnika, z zastrzeżeniem, że przeloty muszą być realizowane przez przewoźników posiadających certyfikat Międzynarodowego Stowarzyszenia Transportu Lotniczego, zwany dalej jako: „IATA” lub posiadających autoryzację IATA. Jednocześnie Zamawiający nie dopuszcza możliwości realizacji przelotów przez przewoźników tzw. „tanich linii lotniczych”. Ponadto Zamawiający nie dopuszcza możliwości stosowania połączeń lotniczych z noclegiem na trasie,
 - b) rezerwacji i zakupu biletów kolejowych (w klasie i rodzaju pociągu wybranych przez Zamawiającego), wg obowiązujących taryf określonych przez przewoźnika,
 - c) pośrednictwa między przedstawicielem Zamawiającego a przewoźnikiem w sprawach reklamacyjnych,
 - d) oferowania biletów dla osób pełnoletnich wraz z wszelkimi opłatami wymaganymi prawem krajowym i międzynarodowym, tj. np. lotniskowymi, paliwowymi, za rezerwację, podatkami itp., w cenie tego biletu.”

Stosownie do pkt 15 SIWZ oferta winna zawierać łączną cenę brutto, której wyliczenie

winno nastąpić zgodnie ze wzorem określonym w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. Z formularza ofertowego wynika m.in. iż oferta powinna zawierać sumę cen biletów lotniczych na trasach podanych w Załączniku A. Stosownie do Załącznika A do formularza ofertowego cena biletów lotniczych na podanych trasach według zamówienia Zamawiającego musi obejmować wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia: opłaty, podatki, prowizje, cła, koszty dostarczenia biletów do siedziby Zamawiającego, bagaż rejestrowany, tzw. do luku. Wylot 3 września 2018 r. i powrót 6 września 2018 r. o dowolnej porze dnia, przy czym data powrotu oznacza datę przylotu do Warszawy. Dla potrzeb skalkulowania ceny należy zastosować kurs walutowy według średniego kursu NBP z dnia 31 sierpnia 2018 r. Oferta cenowa sprzedaży na wyszczególnione w tym załączniku trasy musi uwzględniać klasę ekonomiczną. W załączeniu do tego formularza, winna zostać przedstawiona kalkulacja dla każdej wymienionej trasy w formie potwierdzenia elektronicznego wydruku z systemu rezerwacji wraz z informacją uzupełniającą, zawierającą opis użytych w ww. wydruku symboli i skrótów, pozwalająca w sposób zrozumiały na zidentyfikowanie co najmniej: trasy podróży, daty i godziny jej rozpoczęcia oraz zakończenia wraz z ceną biletu „tam i z powrotem”. Zamawiający zaznaczył, iż uznaje za wystarczające przedstawienie kalkulacji w formie potwierdzenia elektronicznego wydruku rezerwacji biletów lotniczych w systemie GDS. Zamawiający dopuścił podróż na bazie połączeń niebezpośrednich, pod warunkiem, że dotyczą linii rejsowych.

Jak wynika z protokołu postępowania, w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców, tj. Odwołujący i wykonawcy, którzy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega w części uwzględnieniu. W ocenie Izby potwierdziły się zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PTQV na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz zaniechania odtajnienia wydruków rezerwacji biletów lotniczych z systemu GDS, załączonych do oferty tego wykonawcy.

Stosownie do art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z przepisów tych wynika, iż obowiązkowi wykazania przez wykonawcę, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, towarzyszy obowiązek zamawiającego przeprowadzenia wnikliwej analizy otrzymanej od wykonawcy odpowiedzi na wezwanie w tym zakresie. Skoro bowiem zamawiający wzywa wykonawcę do wyjaśnień, to

oznacza, że z określonego powodu istnieją wątpliwości co do realności podanej w ofercie ceny. Nie chodzi zatem jedynie o formalny aspekt zarówno wystąpienia o wyjaśnienia, jak i złożenia wyjaśnień, lecz o rzetelne wykazanie, że cena oferty nie jest rażąco niska. Zauważenia wymaga, iż wystąpienie zamawiającego o wyjaśnienia powinno zawierać jasny przekaz z czego wynikają wątpliwości w zakresie ceny oferty i jakie są oczekiwania zamawiającego w zakresie ich wyjaśnienia. Natomiast wyjaśnienia wykonawcy powinny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, np. koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, programu, zysk wykonawcy. Nie mogą to być zatem wyjaśnienia pozorne, niestanowiące wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość jej ceny. W szczególności nie mogą to być wyjaśnienia, które nie zawierają wymaganych w wezwaniu kalkulacji. Wykonawca powinien dołożyć należytej staranności, tym bardziej, że konsekwencją uznania, iż wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny, jest odrzucenie złożonej przez niego oferty.

Przechodząc od tych ogólnych rozważań na grunt rozpoznawanej sprawy należy zauważyć, iż Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust.1a pkt 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 14 września 2018 r. wezwał Wykonawcę PTQV do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał, iż cena w ofercie tego Wykonawcy jest o 47% niższa od średniej ceny ofert złożonych w Postępowaniu i zażądał od PTQV przedstawienia szczegółowego wyliczenia wszystkich kosztów składowych wchodzących w zakres usługi na podanych w wezwaniu 7 trasach. Zamawiający jednocześnie zaznaczył, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.

W dniu 17 września 2018 r. PTQV złożył pismo, wskazując, że zawiera ono wyjaśnienia, o które wystąpił Zamawiający. Pismo to jednak nie zawiera żądanego przez Zamawiającego szczegółowego wyliczenia wszystkich kosztów składowych wchodzących w zakres usługi na podanych w wezwaniu 7 trasach. Nie ma w nim żadnego wyliczenia kosztów. Na treść pisma składają się jedynie ogólnikowe stwierdzenia, np. iż Wykonawca ten stoi on na stanowisku, iż złożona oferta cenowa jest zgodna z SIWZ i nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz treści: *„Wykonawca informuje, iż dokonał wyceny zgodnie z zapisami SIWZ, a w szczególności z pkt. 3.1 i 2. SIWZ pn. Opis Przedmiotu Zamówienia, gdzie Zamawiający wymaga, aby usługa realizowana była zgodnie z zamówieniem, w najkorzystniejszym dla Zamawiającego (nie Wykonawcy) wariantcie cenowym oraz z uwzględnieniem wszelkich preferencji, w tym ceny. Wykonawca podał, iż dołożył wszelkich starań, aby spełnić ww. wymagania, w szczególności poprzez wyszukanie najkorzystniejszych pod względem cenowym połączeń lotniczych, zgodnie z dostępnymi w momencie wyszukiwania, w systemach GDS będących w użyciu Wykonawcy, ofertami i promocjami oraz specjalnymi*

upustami i taryfami prywatnymi, będącymi w posiadaniu Wykonawcy. Jednakże Wykonawca ten nie wykazał w jaki sposób wspomniane przez niego (bez potwierdzenia dowodami) oferty, promocje, upusty i taryfy prywatne przekładają się na podaną w ofercie cenę. Wykonawca zaznaczył jedynie, iż do *oferty załączono wydruki wystawionych, z systemu GDS, biletów lotniczych, w których zawarta jest informacja odnośnie taryfy oraz obowiązkowych opłat dodatkowych dla linii lotniczych.* Analiza załączonych biletów wskazuje natomiast, iż zawierają one konkretne ceny, a nie np. wskazanie na specjalną taryfę przysługującą wykonawcy. Na koniec wykonawca podał, iż *stosuje opłaty manipulacyjne za usługi przed i posprzedażne na odpowiednim poziomie cenowym, wyższym niż powszechnie stosowane 1,00 PLN, co pozwala Wykonawcy, na zapewnienie komfortu ekonomicznego oraz gwarantuje wyszukanie najniższych stawek cenowych oraz zastosowanie prywatnych cen specjalnych, które w momencie dokonywania rezerwacji były dostępne w systemach rezerwacyjnych używanych przez Wykonawcę.* Nie wykazał przy tym np. jak takie opłaty manipulacyjne, wyższe niż powszechnie stosowane, przekładają się na podaną w ofercie cenę, która jest zdecydowanie niższa niż ceny pozostałych ofert złożonych w Postępowaniu.

W ocenie Izby złożone wyjaśnienia nie odpowiadają wezwaniu wystosowanemu przez Zamawiającego. Wskazują one nie tylko na brak dołożenia należytej staranności w wykazaniu okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny oferty wykonawcy PTQV, ale wręcz na uchylenie się od obowiązku zastosowania się do żądania Zamawiającego.

Procedura wyjaśnień ma na celu przeciwdziałanie arbitralnym decyzjom zamawiających odrzucania ofert z powodu stwierdzenia w nich rażąco niskiej ceny, zatem stwarza wykonawcom szansę do obrony oferty zawierającej podejrzenie niską cenę. Wykonawca, jako profesjonalista powinien zatem zadbać aby jego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny były konkretne, rzetelne, spójne i zawierające odpowiednie kalkulacje, a nie ogólne, bez przedstawienia wymaganych w wezwaniu kalkulacji i bez wykazania konkretnych okoliczności wpływających na możliwość zastosowania niskich cen, w tym, w razie potrzeby, przedstawienia niezbędnych dowodów.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, iż dokonał wnikliwej analizy otrzymanych wyjaśnień. Na rozprawie Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, iż komisja przetargowa pozytywnie oceniła przedmiotowe wyjaśnienia, w związku z czym uznał, iż nie występuje rażąco niska cena. Zamawiający nawet nie podjął próby wyjaśnienia dlaczego uznał otrzymane od PTQV wyjaśnienia za wystarczające w sytuacji, gdy nie odpowiadają one na konkretnie sformułowane żądanie do przedstawienia szczegółowego wyliczenia wszystkich kosztów składowych wchodzących w zakres usługi na podanych w wezwaniu trasach.

Brak złożenia przez Wykonawcę PTQV żądanych przez Zamawiającego wyjaśnień

w zakresie rażąco niskiej ceny, a w ich miejsce przedstawienie ogólnikowych stwierdzeń, oznacza brak wykazania, iż cena oferty nie jest rażąco niska. To w konsekwencji nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Cena oferty, bez względu na specyfikę przedmiotowego zamówienia, powinna być realistyczna i ustalona na takim poziomie, że gwarantuje możliwość osiągnięcia przez wykonawcę zysku, a nie służy jedynie do pozyskania jak najwyższej liczby punktów w kryterium cenowym. Nawet zatem, jeśli w rozpoznawanym postępowaniu żaden z biletów w ofertach wykonawców nie jest biletem realnym, tj. wystawionym na konkretną osobę, która z niego skorzysta, lecz jedynie biletem wystawionym na potrzeby Postępowania, co stwierdził na rozprawie Wykonawca PTQV, a czemu strony i drugi z Przystępujących nie zaprzeczyli, to cena oferty winna być rzeczywista, możliwa do uzyskania dla Zamawiającego na podane w SIWZ daty oraz zapewniająca zysk dla wykonawcy i powinno to zostać wykazane w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Zamawiającego, wystosowane w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny. Brak takiego wykazania stanowi przesłankę do odrzucenia oferty Wykonawcy PTQV, o której mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych jest zasada jawności. Przepisy art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowią, iż postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Oferta PTQV zawiera wydruki biletów lotniczych w systemie GDS. Wykonawca ten w formularzu oferty oświadczył, iż na podstawie art. 8 ust.3 ustawy stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w związku z czym nie mogą być udostępniane, w szczególności innym uczestnikom postępowania, oraz, że są składane w osobnej kopercie. PTQV złożył również pismo, w którym podjął się uzasadnienia użycia klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pismo to, w ocenie Izby, nie jest jednak wystarczające do uznania, iż Wykonawca PTQV wykazał, że zastrzeżone przez niego wydruki z systemu GDS zawierają tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Pismo jest ogólnikowe. Zawiera ono m.in. stwierdzenie: *"W załączonych kalkulacjach z sytemu GDS zawarto informacje nie podane do wiadomości publicznej, o charakterze technologicznym i organizacyjnym Wykonawcy, posiadające znaczna wartość gospodarczą, której ujawnienie może narazić Wykonawcę na straty finansowe, w tym kary*

wynikające z zawartych w toku działalności umów. Co oznacza, iż jest to unikalne „know how”, które nie może zostać podane do wiadomości innym.” Nie zawiera ono jednak w szczególności wskazania, które z informacji zawartych w wydrukach biletów są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy, które informacje mają wartość gospodarczą i stanowią jego know-how. Zawiera ono wprawdzie cytaty z fragmentów umów, lecz nie wykazuje związku pomiędzy treścią wydruków, a tymi fragmentami umów. Nadto na rozprawie PTQV podniósł, iż przedmiotowe bilety zostały wystawione na fikcyjne osoby, zostały wydrukowane celem załączenia do oferty, a następnie anulowane, aby nie narażać wykonawcy na koszty związane z ich zakupem. PTQV nie zaprzeczył twierdzeniu Odwołującego, popartemu złożonym dowodem w postaci elektronicznego biletu, że w przypadku zastosowania taryf specjalnych w pozycji opłaty widnieje oznaczenie PLN IT. Zamawiający nie przedstawił uzasadnienia dlaczego nie odtajnił wydruków biletów z systemu GDS.

W ocenie Izby, wobec braku wykazania przez Przystępującego PTQV, że zastrzeżone wydruki z systemu rezerwacji biletów lotniczych GDS, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, mając na uwadze zasadę jawności postępowania, Zamawiający był obowiązany do odtajnienia przedmiotowych wydruków. Niewypełnienie obowiązku wykonawcy wynikającego z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, tj. brak wyjaśnień wykonawcy w tym zakresie lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, co jest równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, traktowane jest jako rezygnacja z przewidzianej ww. przepisem ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa informacji. (por. m.in. wyrok KIO z dnia 17-01-2018 sygn. akt KIO 17/18).

Odwołujący nie wykazał zasadności pozostałych zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Zauważenia wymaga, iż Odwołujący, z uwagi na brak udostępnienia mu wydruków z systemu rezerwacyjnego GDS miał w tym zakresie utrudnione, jednak nie niemożliwe do wykonania, zadanie.

W ocenie Izby materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, iż oferta Wykonawcy PTQV zawiera rażąco niską cenę i w związku z tym, nie pozwala na stwierdzenie zaistnienia przesłanki jej odrzucenia, na podstawie w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Nie zostało bowiem wykazane, iż cena oferty tego Wykonawcy jest niemożliwa do uzyskania, a jedynie, że Wykonawca ten nie wywiązał się z obowiązku wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Jak wynika z porównania przepisów: ww. art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie muszą to być przesłanki tożsame.

W piśmie z dnia 22 października 2018 r., złożonym na posiedzeniu, Wykonawca PTQV wskazał na możliwość uzyskania różnych cen biletów w zależności m.in. od wyboru kanału dystrybucji linii lotniczej. Możliwość taka nie została zakwestionowana przez uczestników postępowania. Podane w ww. piśmie przykłady nie odnoszą się do połączeń wskazanych w wezwaniu Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, lecz pokazują na możliwość uzyskania różnej ceny biletów na takie same połączenia. Oznacza to, że nie można wykluczyć, iż gdyby Wykonawca PTQV z należytą starannością zastosował się do wezwania Zamawiającego (co jednak nie nastąpiło), byłby w stanie wykazać brak rażąco niskiej ceny w jego ofercie.

Nie zostało także wykazane, że oferta wykonawcy PTQV podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ww. przepis stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Odwołujący w szczególności nie wykazał, aby wykonawca PTQV zaoferował świadczenie pozostające w sprzeczności z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem lub terminem jego wykonania, wymaganymi przez zamawiającego w SIWZ, tym samym nie wykazał, iż występuje sprzeczność oferty z SIWZ.

Odwołujący również nie wykazał, że oferta złożona przez wykonawcę PTQV zawiera błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, który stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Według Odwołującego naruszenie ww. przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp wiąże się z podaniem w ofercie PTQV innej ceny biletów, niż faktycznie dostępna dla Zamawiającego, jednak Odwołujący nie wykazał tego. Nie zostało w szczególności wykazane, aby ewentualne zastosowanie m.in. promocji, upustów przesądzało o przeprowadzeniu wyceny w błędny sposób, jak również nie zostało wykazane, że ceny biletów nie obejmują wszystkich składników. Nie zostało również wykazane, aby Wykonawca PTQV zaproponował bilety opłacane w całości lub w części za punkty promocyjne zamiast za walutę polską.

Nie znalazł również potwierdzenia zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, który stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jak wskazuje przytoczona powyżej treść uzasadnienia odwołania, Odwołujący wiąże naruszenie tego przepisu z treścią oferty oraz treścią wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny i stwierdza m.in., że przedstawione przez Wykonawcę PTQV informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez

Zamawiającego mają wprowadzić Zamawiającego w błąd. Odwołujący podnosi, iż poprzez samo utajnienie wydruków z GDS Wykonawca składa nieprawdziwe oświadczenie, iż wszystkie zawarte w wydrukach informacje są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, podczas, gdy takie wydruki nie zawierają informacji, które mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Nadto według Odwołującego wykonawca PTQV manipuluje faktami w taki sposób, aby wprowadzić Zamawiającego w błąd poprzez powoływanie się na taryfy prywatne, które dostępne są wyłącznie w przypadku, gdy zakup jest dokonywany na rzecz konkretnego podmiotu i taryfy prywatne innych klientów lub tego wykonawcy nie przysługują Zamawiającemu, jak również w sprytny sposób kamufluje, iż przedstawione przez niego ceny nie są ostateczne, tj. nie obejmują wszystkich składników ceny.

Dla zastosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wymagane jest łączne zaistnienie wymienionych w nim przesłanek, tj. przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd, który polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, tj. zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością, przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa, informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

W ocenie Izby, treść oferty PTQV oraz złożone przez niego wyjaśnienia zarówno w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i złożone w związku z podejrzeniem istnienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny, nie wyczerpują dyspozycji ww. przepisu i winny być oceniane z uwzględnieniem w szczególności przepisów art. 8 ust. 3 lub art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Konsekwencją negatywnej oceny wyjaśnień jest zatem odrzucenie oferty wykonawcy lub odtajnienie zastrzeżonych wydruków z systemu rezerwacji GDS, nie zaś wykluczenie wykonawcy.

W szczególności zauważenia wymaga, iż zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa wydruków z systemu GDS jest wyrazem woli wykonawcy, aby np. inni wykonawcy nie mogli się z nimi zapoznać. Podlega ono, zatem ocenie pod względem skuteczności wykazania przez wykonawcę istnienia w tym zakresie stanu tajemnicy przedsiębiorstwa. Podobnie powoływanie się na upusty czy promocje w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny podlega ocenie pod względem skuteczności wykazania braku wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy. Na marginesie należy zauważyć, iż Odwołujący nie wykazał, iż nie jest możliwe, aby wykonawca PTQV nie mógł korzystać z upustów lub promocji przy rezerwacji biletów.

Nie potwierdziły się również zarzuty dotyczące oferty wykonawcy TravelBank.

Pismem z dnia 8 sierpnia 2018 r. na pytanie wykonawcy: „*W związku z zapisem w formularzu ofertowym „Dla potrzeb skalkulowania ceny należy zastosować kurs walutowy*

według średniego kursu NBP z dnia 31 sierpnia 2018 r. „ czy to oznacza, że Wykonawca ma dokonać wyceny w dniu 31 sierpnia 2018 r.? Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zgodnie z zapisem w formularzu ofertowym należy zastosować kurs NBP z dnia 31.08.2018r.”

W kolejnym piśmie w związku z wystąpieniem wykonawcy na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp: „W nawiązaniu do odpowiedzi na pytania Zamawiającego z dnia 8.08.2018 r. oraz w związku z zapisem w formularzu ofertowym *„Dla potrzeb skalkulowania ceny należy zastosować kurs walutowy według średniego kursu NBP z dnia 31 sierpnia 2018r.”* Wykonawca wnosi o wykreślenie ww. zapisu z formularza oferty, gdyż Wykonawcy mają możliwość dokonywania rezerwacji w całym okresie od daty ogłoszenia postępowania do terminu składania ofert i wspomniany zapis o kursach NBP nie znajduje w tym przypadku zastosowania. Ponad to system rezerwacyjny podaje cenę biletu w złotych, co nie wymaga dokonywania żadnych przeliczeń. Jeśli Państwo podtrzymają tego rodzaju zapis, będzie to powodowało modyfikacje biletu który ma być załączony do oferty a który jako dokument nie jest możliwy do zmodyfikowania (nie daje się wygenerować dwóch takich samych biletów w różnej stawce walutowej) co nie pozwoli Państwu wiarygodnie ocenić złożony dokument, a co za tym idzie ofertę.”, Zamawiający udzielił odpowiedzi: *”Zamawiający podtrzymuje zapis dotyczący przeliczenia wartości oferty na jeden dzień tj. 31 sierpnia 2018 r., gdyż nie przyjęcie takiego założenia uniemożliwiłoby miarodajne porównanie wszystkich ofert.”*

Powyżej przedstawione stanowisko Zamawiającego wskazuje, że akceptuje interpretację wykonawcy, co potwierdził na rozprawie stwierdzając, iż nie wykluczał dwukrotnego przeliczenia ceny oferty. Zauważenia wymaga, iż powoływana w ww. pismach treść formularza ofertowego nie zawiera stwierdzenia, iż przeliczeniu mają podlegać jedynie ceny podane w walucie obcej.

Oferta Wykonawcy TravelBank zawiera wydruki biletów lotniczych m.in. z 30 lipca 2018 r., 3 sierpnia 2018 r., w których występuje wskazanie ceny w PLN oraz w EUR, a także odrębny dopisek *„Fqc – funkcja w systemie rezerwacyjnym GDS umożliwiająca przeliczenie walut.”* Do oferty został załączony dokument, zawierający przeliczenie cen biletów kolejowych i lotniczych według średniego kursu NBP z dnia 31 sierpnia 2018 r. Wskazuje to na zastosowanie się do sposobu rozumienia postanowień SIWZ w sposób przedstawiony w ww. pismach, zaaprobowany przez Zamawiającego.

Tym samym w okolicznościach przedmiotowego postępowania, nie można skutecznie postawić zarzutu wykonawcy, który dokonał zaaprobowanego przez Zamawiającego przeliczenia i dopatrywać się w takim przeliczeniu podstawy do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 89 ust. 1 pkt 7c) ustawy Pzp.

Dokonanie przez TravelBank przeliczenia cen, nie wypełnia przesłanek wymienionych w tych przepisach. Nie wskazuje ono bowiem na opisaną powyżej niezgodność oferty z SIWZ, ani na to, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tym bardziej, iż na skutek kwestionowanego przez Odwołującego przeliczenia powstała wyższa cena. Takie obliczenie ceny oferty nie stanowi również błędu w obliczeniu ceny oferty, która to cena stanowi sumę cen biletów, niebędących biletami realnymi, lecz sporządzonymi jedynie na potrzeby analizowanego postępowania. Wynika to treści SIWZ i z twierdzenia na rozprawie Przystępującego PTQV, któremu nie zaprzeczyli pozostali uczestnicy postępowania odwoławczego. Przeliczenie ceny oferty według kursu określonego przez Zamawiającego w SIWZ nie wskazuje także na wariantowość oferty.

Przedmiotowe przeliczenie ceny biletów nie wypełnia również opisanych powyżej przesłanek wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W szczególności zauważenia wymaga, iż informacja o przeliczeniu ceny jest wyraźnie przedstawiona w ofercie wykonawcy TravelBank. Oferta tego wykonawcy zawiera zarówno bilety jak i dokument zawierający przeliczenie ich cen na wymaganą w SIWZ datę i według określonego przez Zamawiającego kursu. Jest zatem jasne z czego wynika cena oferty i w związku z tym nie można przyjąć, iż Zamawiający został wprowadzony w błąd.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, przy uwzględnieniu, iż cena oferty służy wyłącznie do porównania ofert i nie stanowi zobowiązania wykonawcy do sprzedaży za nią w przyszłości biletów, bowiem jak wynika z SIWZ, realizacja usługi będzie następowała w najkorzystniejszym pod względem cenowym i czasowym dla Zamawiającego wariantcie, po przedstawieniu przedstawicielowi Zamawiającego wariantów połączeń z uwzględnieniem wszelkich preferencji tj. ceny, czasu podróży i minimalnej ilości przesiadek, za nietrafioną należy uznać także argumentację Odwołującego dotyczącą przeliczeń kursowych na etapie realizacji umowy, skutkującą uzyskaniem nieuzasadnionych korzyści.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zostało wykazane, że doszło do naruszenia przepisów, które miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania i z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów strony postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego na podstawie rachunku, złożonego przez

Zamawiającego przed zamknięciem rozprawy, zgodnie z § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....