

Sygn. akt: KIO 166/21

WYROK
z dnia 12 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 stycznia 2021 r. przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k., Blue Sky Travel Sp. z o.o. (ul. Kielnarowa 108a, 36-020 Tyczyn)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **11 Wojskowy Oddział Gospodarczy (ul. Gdańska 147, 85-915 Bydgoszcz)**

przy udziale Wykonawcy **"Top Podróże" Sp. z o.o. (Pl. Zwycięstwa 1, 70-233 Szczecin)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k., Blue Sky Travel Sp. z o.o. (ul. Kielnarowa 108a, 36-020 Tyczyn)** i
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k., Blue Sky Travel Sp. z o.o. (ul. Kielnarowa 108a, 36-020 Tyczyn)** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający 11 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Bydgoszczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Rezerwacja, sprzedaż i sukcesywna dostawa biletów podróży”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień pod numerem 2020/S 217-531799.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa oraz Blue Sky Travel sp. z o.o. wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp w związku z art. 90 ust. 3 pzp z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie odrzucił oferty Wykonawcy Top Podróże, mimo iż był do tego zobowiązany, art. 96 ust. 3 pzp w związku z art. 8 ust. 1 pzp oraz art. 8 ust. 3 pzp z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu ani wyjaśnień ceny Wykonawcy Top Podróże, ani uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, które świadczyłyby o fakcie, iż wyjaśnienia ceny Wykonawcy Top Podróże stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; przekazania Odwołującemu dokumentów Wykonawcy Top Podróże, które nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa; odrzucenia oferty Wykonawcy Top Podróże; przeprowadzenia badania i oceny oferty bez uwzględniania oferty Wykonawcy Top Podróże, przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka Pani E. I. Ł., prokurentki Wykonawcy Top Podróże na fakt, iż Wykonawca Top Podróże nie posiada stałych umów handlowych zawartych z liniami lotniczymi, które gwarantują przewoź od niemal każdego biletu oraz na fakt, iż umowa z systemem GDS zawarta przez Wykonawcę Top Podróże nie gwarantuje stałego poziomu zysku, zakładanego w wyjaśnieniach ceny Wykonawcy Top Podróże oraz na faktyczną ilość segmentów na bilecie linii lotniczych.

W treści SIWZ Zamawiający przewidział postanowienie, zgodnie z którym: w celu potwierdzenia oferowanych cen na połączenia, Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty odpowiedni dokument: - w przypadku standardowych przewoźników: potwierdzenie rezerwacji wygenerowane z dostępnego systemu rezerwacji, zawierające dane zgodne z podanymi w kryteriach oraz cenę biletu wraz z opłatami, - w przypadku tzw. „tanich linii lotniczych”: zrzut z ekranu, z zastrzeżeniem, że ww. dokumenty będą z dnia nie wcześniejszego niż dzień ogłoszenia postępowania, ale nie późniejszego niż dzień złożenia ofert.

Zamawiający przekazał wykonawcom do wypełnienia Załącznik nr 8 do SIWZ – zestawienie cenowe, w którym wykonawcy byli zobowiązani przedstawić szacunkową cenę jednego biletu (wraz ze złożeniem odpowiedniego wydruku) przy założeniach, że podróży dokonuje jedna osoba dorosła, w klasie ekonomicznej, dopuszczalna jedna przesiadka (maksymalny czas oczekiwania do 5 godzin), bagaż podręczny wraz z bagażem nadanym do 20 kg. Zamawiający wymagał także, aby przy wyborze opcji nie były brane pod uwagę połączenia oferowane przez tzw. "tanie linie lotnicze".

Odwołujący podkreślił, że z powyższego wynika, że z potwierdzenia rezerwacji powinno wynikać, iż przelot jest na trasie oczekiwanej przez Zamawiającego, w klasie ekonomicznej, obejmuje nie więcej niż 1 przesiadkę z czasem oczekiwania do 5 godzin, a pasażer - osoba dorosła, może na pokład zabrać bagaż podręczny oraz nadać bagaż "do luku" o wadze 20 kg.

Wykonawca Top Podróże załączył do oferty potwierdzenia rezerwacji wygenerowane z dostępnego systemu rezerwacji, które zawierają: cenę, trasę wskazaną przez Zamawiającego, obejmują nie więcej niż 1 przesiadkę z czasem oczekiwania do 5h. Odwołujący zauważył, że nie można z nich wyczytać informacji, co do faktu, czy są to bilety dla osoby dorosłej oraz czy i jaki bagaż pasażer może zabrać na pokład oraz nadać "do luku". Zamawiający nie wyjaśniał dokumentów przedmiotowych złożonych wraz z ofertą Wykonawcy Top Podróże.

Odwołujący wskazał także, że Wykonawca Top Podróże złożył ofertę, w której zaproponował: Opłatę transakcyjną w wysokości 0,01 zł Upust własny Wykonawcy na poziomie 1,65%. Powyższe w ocenie Odwołującego oznacza, iż za wykonanie zakupu jednej usługi turystycznej (biletu lotniczego) Wykonawca Top Podróże otrzyma 0,01 zł, a będzie zobowiązany udzielić Zamawiającemu upustu w wysokości 1,65% wartości usług turystycznej.

Zamawiający wezwał Wykonawcę Top Podróże do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie zaoferowanej ceny. Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia dotyczące ceny nie zostały mu udostępnione. Odwołującemu nie udostępniono również dokumentu, o którym mowa w art. 8 ust. 3 pzp, tj. uzasadnienia objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. Niezależnie od powyższego, Odwołujący stwierdził, że ma pełną świadomość, iż Wykonawca Top Podróże nie dysponuje odpowiednim potencjałem do wykonania zamówienia za cenę opłaty transakcyjne 0,01 zł przy upuście własnym Wykonawcy na poziomie 1,65%.

Zdaniem Odwołującego, Wykonawca Top Podróże nie uwzględnił wszystkich kosztów, w tym m.in. kosztów biura oraz udzielonego upustu, zaniżył lub nie przedstawił w ogóle kosztów

pracy. W szczególności kwestię tę albo w ogóle pominięto, albo zaniżono ilość czasu, który pracownicy muszą poświęcać na obsługę Zamawiającego - w wyjaśnieniach nie wskazano żadnych dowodów na ilość pracy potrzebną do wykonania jednej usługi na rzecz Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, Wykonawca Top Podróże założył zbyt wysokie wpływy, w szczególności w zakresie prowizji od linii lotniczych oraz systemów GDS. Odwołujący wskazał także, że Wykonawca Top Podróże nie dysponuje aktualną stałą umową prowizyjną z liniami lotniczymi. W odniesieniu do systemu GDS (Amadeus) Wykonawca Top Podróże podaje zawyżoną wartość prowizji, która otrzymuje.

Odwołujący podniósł, że Wykonawca Top Podróże wskazał prowizję za segment przekraczającą 2 EUR podczas gdy pierwsze 5.000 rezerwacji kwalifikowanych wiąże się z o wiele niższą prowizją, w wysokości 1,6 EUR za segment. Jednocześnie Wykonawca Top Podróże zawyżył ilość segmentów na każdy lot.

Nadto zdaniem Odwołującego Wykonawca Top Podróże nie przedstawił umów wszystkich osób skierowanych do realizacji zamówienia, a wyłącznie arbitralnie wybranych pracowników otrzymujących stosunkowo niskie wynagrodzenie. Zgodnie z dokumentami podmiotowymi Wykonawcy Top Podróże do realizacji zamówienia skierowano dwóch kasjerów, odpowiednio z 12 letnim oraz 20 letnim stażem. Osoby o takiej pozycji rynkowej nie mają poborów zbliżonych do wynagrodzenia minimalnego, zwłaszcza w dużym mieście, jakim jest Szczecin.

Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Wykonawcę Top Podróże odczytywane prawidłowo, tj. w stosunku do wymagań Zamawiającego, są wadliwe. Potwierdzają fakt istnienia rażąco niskiej ceny, a przynajmniej nie można uznać, iż czynią zadość wymaganiu postawionemu przed każdym wykonawcą na podstawie art. 90 ust. 2 pzp. W przedstawionych wyjaśnieniach nie uwzględniono kosztów realizacji zamówienia, mimo wyraźnego żądania Zamawiającego w tym zakresie, a przychód zawyżono poprzez: a) Podanie zbyt wysokiej „standardowej” ilości segmentów na lot; b) Zawyżenie kwot otrzymywanych prowizji od systemów GDS i linii lotniczych.

Odwołujący zauważył, że Wykonawca Top Podróże nie wypełnił ciążącego na nim obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 2 ustawy pzp i nie wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jednocześnie złożenie niepełnych, pozbawionych kalkulacji zysku oraz nieuwzględniających kosztów oraz nierzetelnych, obarczonych licznymi błędami wyjaśnień zdaniem Odwołującego nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty takiego Wykonawcy zgodnie z normami z art. 90 ust. 3 pzp.

Zdaniem Odwołującego oferta Top Podróże podlega odrzuceniu także na podstawie art. 89 ust. 2 pzp, gdyż dokumenty przedmiotowe, stanowiące o treści oferty i złożone w celu oceny oferty Wykonawcy Top Podróże w kryteriach oceny ofert nie odpowiadają treści SIWZ do

tego stopnia, iż nie jest możliwa ocena prawidłowości oferty Wykonawcy Top Podróże. W sytuacji, w której nie jest możliwe odczytanie pełnej treści oferty w zakresie wymaganym w SIWZ należy ofertę odrzucić, jako niezgodną z SIWZ. Z ostrożności Odwołujący wskazał, że dokumenty przedmiotowe, służące ocenie oferty wykonawcy w kryteriach oceny ofert nie podlegają uzupełnieniu.

Odwołujący wskazał także, że zgodnie z art. 96 ust. 3 pzp protokół postępowania jest jawny. Zamawiający może odmówić udostępnienia dokumentów Wykonawcy jedynie w przypadkach enumeratywnie wyliczonych w pzp. Zgodnie z art. 8 ust. 3 pzp nie udostępnia się informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy wtedy, gdy dany wykonawca skutecznie dokona zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołującemu nie udostępniono ani wyjaśnień ceny Wykonawcy Top Podróże, ani odpowiedniego uzasadnienia, iż wyjaśnienia ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego, stanowi to naruszenie ww. przepisów, gdyż przynajmniej jeden z tych dokumentów nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący w trakcie posiedzenia z udziałem stron wskazał, że pełnomocnikowi Przystępującego pełnomocnictwa udzieliła pani E. Ł. . Osoba ta zgodnie z art. 510 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest tą osobą, która mogłaby prezentować spółkę przed KIO.

Izba ustaliła, że Pani E. Ł. jest prokurentem samoistnym spółki Przystępującego – Top Podróże sp. z o.o. Zgodnie z artykułem 109¹ kc, prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej albo do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa.

Oznacza to, że Pani E. Ł. jest z mocy prawa uprawniona do działania w imieniu spółki, prowadzenia jej spraw, reprezentacji spółki. Miała zatem uprawnienie do udzielenia pełnomocnictwa w imieniu spółki. Nie ma to w żadnym wypadku wpływu na jakiegokolwiek ograniczenie w świetle artykułu 510 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że wykonawcy byli zobowiązani dołączyć do oferty wypełniony załącznik nr 8 do SIWZ pn. „zestawienie cenowe”. W tabeli w kolumnie pierwszej określone zostały wymagania w odniesieniu do przelotów na poszczególnych trasach, zaś w kolumnie drugiej

wykonawcy byli zobowiązani określić szacunkową średnią cenę jednego biletu zgodnie z SIWZ.

Zarzut Odwołującego dotyczy niezgodności treści oferty Wykonawcy Top Podróże z treścią SIWZ – tj. z treści biletu nie wynika, że został on wystawiony dla osoby dorosłej, jak również nie wynika, czy i jaki bagaż pasażer może zabrać na pokład oraz nadać do luku bagażowego.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, na wydrukach biletów załączonych do oferty Wykonawcy Top Podróże znalazło się oznaczenie „MRS” – co oznacza osobę dorosłą. Wykonawca Top Podróże wyjaśnił (co nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego), że w sytuacji, gdyby bilet nie został wystawiony na osobę dorosłą, wówczas znalazłoby się na nim oznaczenie „CH”.

Gdyby z treści oświadczenia zawartego w załączniku nr 8 lub treści biletu wynikało, że pasażer nie może zabrać na pokład bagażu, czy nadać go do luku bagażowego, oznaczałoby to niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Z treści zestawienia cenowego wynikały dane dotyczące oferowanego produktu i trudno uznać, aby przedmiot oferty nie odpowiadał treści SIWZ.

Za bezzasadny należy uznać zarzut naruszenia art.89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, Wykonawca Top Podróże przedstawił wyjaśnienia, w których odniósł się do kosztów pracy, wskazał ilość czasu pracy, wyjaśnił, z czego taka ilość czasu pracy wynika. Załączył do wyjaśnień aneksy do umów o pracę ze wskazaniem wynagrodzenia pracowników. Wykonawca wyjaśnił także sposób funkcjonowania firmy, co przekłada się na obniżenie kosztów pracy biura. W trakcie rozprawy przedstawiciel Wykonawcy Top Podróże wskazał uzupełniająco, że sytuacja tego Wykonawcy jest inna od sytuacji Odwołującego w ten sposób, że Wykonawca jest niewielkim przedsiębiorcą, prowadzi małe biuro, co wpływa także na znacznie niższe koszty jego prowadzenia.

Dodatkowo Wykonawca Top Podróże przedstawił kalkulację ukazującą sposób szacowania przez niego kosztów zamówienia, w której zostały także wykazane koszty prowadzenia biura, np. usług księgowości, jak i elementarnych materiałów biurowych w postaci poszczególnych materiałów eksploatacyjnych. Wykonawca uwzględnił także upusty, wskazał na zysk. Powyższe oznacza, że Wykonawca uwzględnił w kalkulacji wszelkie koszty związane z realizacją usługi.

Wykonawca Top Podróże załączył do wyjaśnień aneks do umowy z operatorem systemu wraz z załącznikami, które zawierają stawki touroperatorskie. Potwierdzają one okoliczność, że Wykonawca Top Podróże posiada zagwarantowane rabaty i zniżki, które uwzględnił w

kalkulacji. Odwołujący podniósł argument, że Wykonawca Top Podróże nie posiada stałych umów handlowych zawieranych z liniami lotniczymi. Nie zmienia to okoliczności, że Wykonawca Top Podróże przedstawił aneks do umowy, wskazujący na możliwe uzyskanie rabatów i premii. W odniesieniu do okoliczności wskazywanej przez Odwołującego, że Wykonawca Top Podróże może uzyskać premie od linii lotniczych dopiero po osiągnięciu określonego pułapu rezerwacji, co w sytuacji pandemii może okazać się niewykonalne, należy wskazać, że po pierwsze, jak wyjaśnił Wykonawca Top Podróże, Zamawiający nie pozostanie jedynym klientem Wykonawcy. Ponadto umowa z Zamawiającym dopiero zostanie zawarta i będzie obowiązywała przez okres dwóch lat. Przez ten okres sytuacja może ulec znaczącej zmianie, jeśli chodzi o zwiększenie ruchu lotniczego. Ponadto, aneksy do umowy także mogą podlegać zmianom i nie jest wykluczone uwzględnienie przez linie lotnicze bieżącej sytuacji, a co za tym idzie - wysokości pułapów przyznawania rabatów.

Nawet okoliczność, że Wykonawca Top Podróże nie posiada stałej umowy z liniami lotniczymi nie oznacza automatycznie, że nie będzie mógł uzyskać premii, rabatów oraz że nie posiada odpowiednich stawek, które pozwolą mu na zrealizowanie zamówienia. Zatem samo twierdzenie Odwołującego, że Wykonawca Top Podróże nie posiada stałej umowy z liniami lotniczymi nie jest wykazaniem, że Wykonawca Top Podróże nie zrealizuje zamówienia za zaoferowaną cenę.

W świetle powyższych okoliczności trudno uznać, aby wyjaśnienia Wykonawcy Top Podróże nie uwzględniały kosztów, na które wskazywał Odwołujący. Nadto nie sposób stwierdzić, aby udzielone wyjaśnienia wskazywały, że cena zawarta w ofercie Wykonawcy Top Podróże jest rażąco niska.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka na okoliczność, że Wykonawca Top Podróże nie posiada stałych umów handlowych zawieranych z liniami lotniczymi. Wykonawca Top Podróże dołączył do wyjaśnień dokumenty, dzięki którym możliwe jest ustalenie okoliczności, która miałaby zostać uzyskana w wyniku przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 8 ust. 1 oraz art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny przez Wykonawcę Top Podróże.

Rozpoznanie zarzutu to ocena prawidłowości czynności Zamawiającego. W ocenie Izby, Zamawiający prawidłowo ocenił zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie zaoferowanej ceny przez Wykonawcę Top Podróże.

Zamawiający w trakcie rozprawy z udziałem stron wyjaśnił, że uznał za przekonujące

wyjaśnienia Wykonawcy Top Podróże w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie zaoferowanej ceny. Wskazał, że zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący zostali wezwani do złożenia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny i powołali się na podobne okoliczności. Uzasadnienia są analogiczne i w ocenie Zamawiającego każde z nich jest przekonujące.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego w tej konkretnej sytuacji. Skoro Odwołujący w treści wyjaśnień dotyczących przyczyn zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał, że utajnieniu podlegają dane dotyczące organizacji pracy obejmujące: średniomiesięczną ilość biletów realizowanych przez pracowników Wykonawcy, koszt wystawienia biletu oraz inne koszty pracy, bowiem są to dane, które wskazują na sposób oraz jakość organizacji pracy u Wykonawcy; pozwalają na podkupienie kadry, która zwraca uwagę nie tylko na wynagrodzenie, ale również na obciążenie pracą; w połączeniu z kwotą uzyskiwanych przez Wykonawcę prowizji osłabiają pozycję negocjacyjną Wykonawcy przy negocjowaniu przyszłych prowizji z partnerami, natomiast wzmacniają pozycję podmiotów, które realizują podobne ilości segmentów, a posiadają niższe prowizje, to oznacza, że są posiadające wartość gospodarczą dane (w tym dane o charakterze organizacyjnym), które dotyczą przedsiębiorstwa Odwołującego i nie są powszechnie znane innym przedsiębiorcom prowadzącym tę samą działalność gospodarczą.

Skoro zdaniem samego Odwołującego dane dotyczące umów z operatorem posiadają wartość gospodarczą dla Wykonawcy i nie są znane konkurencji Wykonawcy, a tym samym stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, to oznacza to, że również Wykonawca Top Podróże mógł dokonać zastrzeżenia tajemnicy w zakresie powyżej wskazanym, a więc w zakresie dotyczącym umów z partnerem handlowym, stawek, rabatów. Tym bardziej, że Wykonawca ten przedstawił w tym zakresie argumentację (treść pisma stanowiącego wyjaśnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa) oraz wskazał na opatrzenie umowy z operatorem klauzulą poufności. W treści wyjaśnień Wykonawca Top Podróże wskazał, że dane, w szczególności informacje dotyczące jego partnerów handlowych, warunki współpracy z tymi partnerami, zastosowane systemy premiowania, jak też informacje o zyskach wynikających z realizacji tych umów, posiadają dla Wykonawcy wartość gospodarczą przejawiającą się w osiągnięciu w branży turystycznej konkurencyjnej pozycji rynkowej. Ich ujawnienie mogłoby narazić Wykonawcę na szkodę, albowiem w sektorze usług turystycznych tego typu umowy stanowią bardzo istotny czynnik cenotwórczy. Gwarantują spółce uzyskanie korzystnych warunków realizacji zamówień dla takich podmiotów, jak Zamawiający.

Powyższa argumentacja Wykonawcy Top Podróże nie tylko potwierdza, że dane dotyczące umowy z tourooperatorem oraz stawki i rabaty posiadają wartość gospodarczą, która może

być przez Wykonawcę chroniona, ale jest tym bardziej przekonująca, że jak wskazano powyżej, podobną argumentację przedstawił sam Odwołujący.

Jak wynika z opinii Odwołującego wyrażonej w treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa - jest oczywiste, że informacje o wynagrodzeniu pracowników nie są ujawniane do wiadomości publicznej i stanowią wartość gospodarczą i organizacyjną przedsiębiorcy. Zatem również objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa umów o pracę czy aneksów nie powinna być w tej sytuacji kwestionowana przez Odwołującego.

W ocenie Izby wyjaśnienia wraz ze złożonymi dowodami stanowią całość. Zatem także zawarte w treści wyjaśnień kalkulacje mogły podlegać zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż zawierają dane mające swoje źródło w treści złożonych umów. Wykonawca Top Podróże dołączył do wyjaśnień dowody w postaci umów z kontrahentami, w tym touroperatorem, opatrzoną klauzulą poufności, a także aneksów umów o pracę zawierających dane osobowe pracowników oraz wysokość ich wynagrodzenia. Te dane, jak wskazano powyżej, nawet zgodnie z argumentacją Odwołującego, stanowią wartość gospodarczą i mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Ujawnienie kalkulacji spowodowałoby ujawnienie danych pochodzących z zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa umów.

Ponadto Wykonawca Top Podróże złożył dokument w postaci klauzuli poufności co potwierdza podejmowane działania Wykonawcy w celu utrzymania informacji w poufności.

Nie jest też tak, jak twierdził Odwołujący w piśmie procesowym, że Odwołującemu znane są treści umów zawieranych przez Wykonawcę Top Podróże z systemami GDS. Świadczy o tym fakt, że Odwołujący do pisma załączył inną umowę niż Wykonawca Top Podróże do treści wyjaśnień. Zatem nie jest tak, że Odwołujący posiada pełną wiedzę w zakresie możliwości, sposobu kalkulacji przyjętej przez Wykonawcę Top Podróże.

Odwołujący w treści uzasadnienia sformułował także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 8 ust. 1 oraz art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Top Podróże, dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba ustaliła, że w trakcie postępowania odwoławczego, przed dniem posiedzenia i rozprawy, Zamawiający udostępnił Odwołującemu zastrzeżenie wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Powyższe oznacza, że Zamawiający uwzględnił ten zarzut.

Izba oddaliła jednak odwołanie, mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi

naruszenie przepisów, które miało wpływ na wynik postępowania. Naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania, ponieważ Zamawiający udostępnił Odwołującemu zastrzeżenie wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Wykonawcę Top Podróże, a Odwołujący w piśmie procesowym miał możliwość odniesienia się do poczynionych zastrzeżeń. Skoro zatem naruszenie nie mogło i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, odwołanie podlega oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: