

Sygn. akt: KIO 545/19

WYROK

z dnia 15 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

**Członkowie: Anna Osiecka
Anna Packo**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2019 r. przez wykonawcę **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Tyczynie** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Obsługi Administracji Rządowej w Warszawie** prowadzące postępowanie w imieniu i na rzecz: **Urzędu Transportu Kolejowego z siedzibą w Warszawie, Wyższego Urzędu Górniczego z siedzibą w Warszawie, Głównego Urzędu Statystycznego z siedzibą w Warszawie, Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z siedzibą w Warszawie, Głównego Inspektoratu Ochrony Roślin i Nasiennictwa z siedzibą w Warszawie, Urzędu Lotnictwa Cywilnego z siedzibą w Warszawie, Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z siedzibą w Warszawie, Ministerstwa Edukacji Narodowej z siedzibą w Warszawie, Ministerstwa Energii z siedzibą w Warszawie, Urzędu do Spraw Cudzoziemców z siedzibą w Warszawie, Podlaskiego Urzędu Wojewódzkiego z siedzibą w Białymstoku, Państwowej Agencji Atomistyki z siedzibą w Warszawie, Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Ministerstwa Obrony Narodowej z siedzibą w Warszawie, Ministerstwa Sportu i Turystyki z siedzibą w Warszawie, Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii z siedzibą w Warszawie, Głównego Inspektoratu Weterynarii z siedzibą w Warszawie, Ministerstwa Cyfryzacji z siedzibą w Warszawie, Głównego Inspektoratu Ochrony Środowiska z siedzibą w Warszawie, Głównego Inspektoratu Sanitarnego z siedzibą w Warszawie, Głównego Inspektoratu**

Farmaceutycznego z siedzibą w Warszawie, Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego z siedzibą w Warszawie, Ministerstwa Zdrowia z siedzibą w Warszawie, Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi z siedzibą w Warszawie, Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego z siedzibą w Warszawie, Urzędu Regulacji Energetyki z siedzibą w Warszawie, Głównego Urzędu Miar z siedzibą w Warszawie, Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z siedzibą w Warszawie, Biura do Spraw Substancji Chemicznych z siedzibą w Łodzi oraz Urzędu Zamówień Publicznych z siedzibą w Warszawie,

przy udziale wykonawcy **Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 545/19 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ujawnienie całości złożonych przez Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. z siedzibą w Warszawie wyjaśnień z dnia 11 marca 2019 r. wraz z załącznikiem oraz odrzucenie oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niezasadne.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 3.1. 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,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 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 w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Obsługi Administracji Rządowej w Warszawie prowadzące postępowanie w imieniu i na rzecz: Urzędu Transportu Kolejowego z siedzibą w Warszawie, Wyższego Urzędu Górniczego z siedzibą w Warszawie, Głównego Urzędu Statystycznego z siedzibą w Warszawie, Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z siedzibą w Warszawie, Głównego Inspektoratu Ochrony Roślin i Nasiennictwa z siedzibą w Warszawie, Urzędu Lotnictwa Cywilnego z siedzibą w Warszawie, Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z siedzibą w Warszawie, Ministerstwa Edukacji Narodowej z siedzibą w Warszawie, Ministerstwa Energii z siedzibą w Warszawie, Urzędu do Spraw Cudzoziemców z siedzibą w Warszawie, Podlaskiego Urzędu Wojewódzkiego z siedzibą w Białymstoku, Państwowej Agencji Atomistyki z siedzibą w Warszawie, Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Ministerstwa Obrony Narodowej z siedzibą w Warszawie, Ministerstwa Sportu i Turystyki z siedzibą w Warszawie, Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii z siedzibą w Warszawie, Głównego Inspektoratu Weterynarii z siedzibą w Warszawie, Ministerstwa Cyfryzacji z siedzibą w Warszawie, Głównego Inspektoratu Sanitarnego z siedzibą w Warszawie, Głównego Inspektoratu Farmaceutycznego z siedzibą w Warszawie, Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego z siedzibą w Warszawie, Ministerstwa Zdrowia z siedzibą w Warszawie, Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi z siedzibą w Warszawie, Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego z siedzibą w Warszawie, Urzędu Regulacji Energetyki z siedzibą w Warszawie, Głównego Urzędu Miar z siedzibą w Warszawie, Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z siedzibą w Warszawie, Biura do Spraw Substancji Chemicznych z siedzibą w Łodzi oraz Urzędu Zamówień Publicznych z siedzibą w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *usługę rezerwacji, zakupu i dostawy biletów lotniczych, kolejowych na trasy krajowe i zagraniczne oraz rezerwacji i zakupu miejsc hotelowych, ubezpieczenia oraz wiz dla JAP* (znak postępowania: 2019/17).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 stycznia 2019 r. pod numerem 2019/S 017-036219.

W dniu 28 marca 2019 r. wykonawca WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Tyczynie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „PLL LOT”], która jest niezgodna z ustawą gdyż wykonawca PLL LOT złożył dwie oferty;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PLL LOT pomimo, iż

oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PLL LOT, mimo że wykonawca PLL LOT nie wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu;

4. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) [dalej „uznk”] poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny PLL LOT;

5. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PLL LOT, której złożenie, w świetle przedstawionych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku;

6. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ze względu na fakt nieujęcia wszystkich składników ceny lub kosztu w ofercie PLL LOT, co jasno wynika z wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę PLL LOT w postępowaniu;

7. art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 89 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PLL LOT, mimo że wykonawca PLL LOT nie sporządził oferty w postaci elektronicznej i nie złożył oryginału oferty a jedynie jej kopię potwierdzoną za zgodność z oryginałem;

8. art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ust. 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 poz. 369 ze zm.) [dalej „uokik”] poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PLL LOT, która jest przejawem nadużywania pozycji dominującej, a więc w całości lub w części nieważna oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art 3 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PLL LOT pomimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na inżynierii cenowej poprzez oparcie finansowania zamówienia na pozycjach wyceny, które przyniosą zysk z uwagi na posiadaną pozycję monopolisty;

9. ewentualnie naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PLL LOT z postępowania, który to wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu ani braku podstaw do wykluczenia, a w dalszej kolejności ewentualnie art. 26 ust 3 ustawy Pzp uzupełnienia dokumentów podmiotowych odnoszących się do wykonawcy PLL LOT.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenia oferty PLL LOT;

3. wykluczenia wykonawcy PLL LOT z postępowania;
4. odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy PLL LOT w terminie 1 dnia od wydania orzeczenia KIO;
5. dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert bez uwzględniania oferty PLL LOT.

W uzasadnieniu odwołania, w zakresie zarzutu pierwszego Odwołujący podał, iż PLL LOT złożył w postępowaniu dwie oferty o tej samej treści. Nie ma jednak wątpliwości, iż są to dwie odrębne oferty, gdyż każdej nadano odmienną nazwę. Do każdej z ofert wykonawca PLL LOT załączył pełnomocnictwo potwierdzone za zgodność z oryginałem przez notariusza. Z uwagi na fakt, iż treść obu ofert PLL LOT jest taka sama Odwołujący odnosi się po prostu do „oferty” PLL LOT. Nie ma potrzeby różnicowania w treści niniejszego odwołania na „ofertę 1” i „ofertę 2”. Również Zamawiający nie odróżnił tych ofert i nie badał ich treści osobno, np. nie skierował dwóch wezwań o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny. Niemniej w razie jakichkolwiek wątpliwości należy uznać, iż zarzuty niniejszego odwołania odnoszą się do każdej ze złożonych przez PLL LOT ofert. Odwołujący zauważył, iż wykonawca PLL LOT obie oferty sporządził najpierw w formie pisemnej poprzez wydrukowanie uzupełnionych ofert oraz opatrzenie każdej strony podpisem. Następnie tak przygotowane oryginalne dokumenty podpisał elektronicznie. Dalej Odwołujący wskazał, iż wykonawca PLL LOT w podobny sposób złożył dokumenty na wezwanie z art. 26 ust. 1 - oryginały przygotowane w formie pisemnej po prostu podpisał elektronicznie bez dopisków w rodzaju „za zgodność z oryginałem” lub podobnych. Dalej Odwołujący przywołał brzmienie pkt 9 formularza oferty PLL LOT.

W zakresie zarzutu drugiego Odwołujący przywołał brzmienie rozdziału XIII ust. 1, 3 i 4 SIWZ i wskazał, że z ww. postanowień wynika, że: 1) Zamawiający słusznie traktuje jako składniki ceny również upust, gdyż w pozycjach ust. 9 pkt 9.8 – 9.12 należało zaoferować właśnie upust, 2) podane ceny mają znaczenie proceduralne, gdyż służą do wyboru oferty najkorzystniejszej i w związku z tym zaoferowanie nierealnych opłat w tym zakresie może być poczytane np. jako manipulacja ceną oraz 3) podane ceny opłat transakcyjnych nie służą wyłącznie do porównania i oceny ofert, ale również mają znaczenie na etapie realizacji zamówienia – co znajduje potwierdzenie w dalszej części dokumentacji postępowania np. rozdziale XII ust. 5 i 6 SIWZ. Następnie Odwołujący przywołał brzmienie § 4 ust. 8 załącznika nr 3 do SIWZ wskazując, że wynagrodzenie wykonawcy jest całkowicie zależne od ilości zrealizowanych usług, czyli jest to wynagrodzenie kosztorysowe, a nie ryczałtowe. Zamawiający w celu przeprowadzania postępowania deklaruje zapotrzebowanie na konkretne ilości usług, czemu Zamawiający dał wyraz publikując załącznik nr 1 do Umowy. Natomiast podane zapotrzebowanie wykorzystywane jedynie w celu oszacowania wartości zamówienia.

Jak wynika zarówno z zapisów umowy oraz z praktyki współpracy z Zamawiającym powyższe ilości nie stanowią żadnej gwarancji na etapie realizacji umowy. Odwołujący argumentował, że wykonawca nie ma pewności z jakich usług i w jakiej ilości będzie składało się faktycznie wykonywane zamówienie, gdyż zgodnie z § 2 ust. 4 załącznika nr 3 do SIWZ Istotne Postanowienia Umowy „Rezerwacja, zakup i dostawa biletów, miejsc hotelowych oraz procedur wizowych odbywać się będzie zgodnie z rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego na podstawie zamówień przekazywanych do Wykonawcy”, jedyne gwarancje jakie wykonawca otrzymuje dotyczą wykorzystania wartości zamówienia (min. 50% zgodnie z § 4 ust. 10 IPU) i nie dotyczą ilości. Jest to istotna zmiana względem uprzednio prowadzonych przez COAR (wcześniej CUW) postępowań w zakresie realizacji podróży służbowych, w których były gwarancje ilościowe (np. postępowanie CUW 2015/1). Taka konstrukcja zapisów postępowania i zamówienia jest całkowicie świadoma i celowa. Wykonawcy mieli zostać pozbawieni gwarancji zamówienia konkretnej ilości usług z uwagi na roszczenia, które pojawiły się po niezrealizowaniu pełnego zakresu umowy przez Zamawiającego, co do zamówień udzielonych w przeszłości.

Reasumując Odwołujący wskazał, że wynagrodzenie w niniejszym postępowaniu jest oparte o faktycznie wykonane usługi i indywidualne potrzeby Zamawiającego, które będą określane na etapie realizacji umowy. Wykonawcy nie uzyskali gwarancji zrealizowania konkretnych ilości poszczególnych usług. Tak więc, Zamawiający może nie zrealizować np. żadnej usługi zakupu biletu lotniczego zagranicznego, zaniżenie chociaż jednego istotnego składnika ceny podanego w ust. 9 pkt 9.1 - 9.12 formularza oferty skutkuje obarczeniem oferty wadą rażąco niskiej ceny.

Dalej Odwołujący przywołał brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i dokonał analizy prawnej zagadnienia dotyczącego złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, w szczególności przywołał tezy wynikające z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, zawarte m.in. w wyroku z dnia 12 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO 1605/10, w wyroku z dnia 14 stycznia 2015 r. sygn. akt: KIO 2734/14, w wyroku z dnia 24 września 2014 r. sygn. akt: KIO 1844/14, w wyroku z dnia 19 lutego 2014 r. sygn. akt: KIO 216/14, w wyroku z dnia 22 grudnia 2016 r. sygn. akt: KIO 2225/16, KIO 2226/16, KIO 2229/16 oraz KIO 2230/16.

Odwołujący wskazał, iż wykonawca PLL LOT w formularzu ofertowym zaoferował ceny, które łącznie oraz osobno uzasadniają uznanie oferty PLL LOT za obarczoną wadą rażąco niskiej ceny. Uzasadniał, że wykonawca w postępowaniu powinien tak skalkulować daną cenę (daną opłatę transakcyjną), by zawierała ona wszystkie niezbędne koszty realizacji danej usługi, której określona opłata transakcyjna dotyczy. Wynika to z faktu, iż rozliczenie z wykonawcą następuje za daną usługę na podstawie zleconych przez Zamawiającego i rzeczywiście wykonanych przez wykonawcę usług pośrednictwa (por. § 4 ust. 8 Załącznika nr

3 do SIWZ Istotne Postanowienia Umowy). Zatem wysokość każdej z opłat musi być realna, zawierać nie tylko wszelkie koszty wykonania danej usługi, ale również rezerwę na ryzyko związane z realizacją danej usługi, a także przewidywany zysk.

Cena całkowita w postępowaniu nie jest ceną ryczałtową i wobec tego nie jest możliwe ewentualne pokrywanie kosztów czy strat w ramach innych wykonanych usług. Koszty, rezerwy oraz zysk muszą być przypisane w stosunku do konkretnej, podanej wysokości opłaty transakcyjnej, [por. Rozdział XIII ust. 3 do 6 SIWZ]. Reasumując Odwołujący wskazał, iż każda z czynności ujętych w pozycjach ust. 9 pkt 9.1 - 9.12 formularza ofertowego powinna zostać wyceniona osobno. Każda z tych czynności może mieć decydujący wpływ, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Innymi słowy zaniżenie dowolnego z ww. składników może mieć wpływ na obarczenie oferty PLL LOT wadą rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podkreślał, że wykonawca miał obowiązek uwzględnienia w ofercie wszystkich kosztów realizacji, w całym okresie trwania Umowy, tj. maksymalnie 24 miesięcy [§ 2 ust. 1 Załącznika nr 3 do SIWZ Istotne Postanowienia Umowy „Umowa obowiązuje przez okres 24 miesięcy od dnia zawarcia umowy lub do wyczerpania środków przeznaczonych na jej realizację, w zależności od tego, które ze zdarzeń wystąpi jako pierwsze]. Zatem wykonawca powinien był wykazać, że jego stawki są rynkowe i pokrywają wszystkie koszty realizacji danej usługi w całym okresie realizacji umowy.

Wykonawca realizujący zamówienie nie ma gwarancji jakie usługi i w jakiej ilości będą świadczone, gdyż usługi te będą zależały od bieżących potrzeb Zamawiającego w zakresie rezerwacji hotelowych czy biletowych, a także wynajmu samochodu czy w zakresie formalności wizowych [§ 2 ust. 4 Załącznika nr 3 do SIWZ Istotne Postanowienia Umowy w związku z § 4 ust 10 IPU]. Wobec tego nie może zakładać oczekiwanego zysku czy pokrycia kosztów w ramach innych usług. Podobnie nie może pokrywać kosztów realizacji w ramach innych realizowanych przez siebie umów. Wykonawca powinien był również uwzględnić w ofercie ryzyko, że dane usługi, nie będą w ogóle świadczone, inne zaś będą w większym, niż można pierwotnie przypuszczać, rozmiarze.

Odwołujący wskazał, iż nie mamy dostępu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy PLL LOT natomiast nie jest możliwe, chociażby ze względu na rodzaj i ilość składanych dowodów w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, aby PLL LOT ujął wszystkie koszty w ramach swojej oferty cenowej oraz w konsekwencji w ramach wyjaśnień.

Kolejno Odwołujący argumentował, iż cena 0,01 zł, a nawet 0,00 zł jest w szczególnych przypadkach dopuszczalna na rynku zamówień publicznych. W szczególności taka sytuacja może występować w przypadku opłat transakcyjnych za sprzedaż biletów lotniczych lub rezerwacji hotelowych, gdyż niektórzy wykonawcy na rynku

posiadają odpowiednią sytuację, aby pokryć koszty wykonania ww. usług z kosztów samych biletów lotniczych lub rezerwacji hotelowych. Wykonawca przywołał pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu orzeczenia z 9 listopada 2018 r., nie podając przy tym sygnatury wyroku.

Wykonawca PLL LOT bezrefleksyjnie zaoferował wykonanie zamówienia za 0,01 zł w przypadku każdej usługi, która będzie realizowana w postępowaniu. Tymczasem: 1) w przypadku biletów lotniczych zagranicznych (pkt 9.1 formularza ofertowego) wykonawca PLL LOT posłuży się podwykonawcą, który nie ma odpowiednich umów pozwalających na wykonanie zamówienia za 0,01 zł i jednocześnie zaoferowanie 3% upustu. Tego typu umowy z pewnością posiada PLL LOT, natomiast nie LOT Travel Sp. z o.o.; 2) w przypadku biletów lotniczych krajowych (pkt 9.2 formularza ofertowego) zysk wykonawcy PLL LOT zostanie skonsumowany przez udzielony w pkt 9.8 upust; 3) w przypadku biletów kolejowych (pkt 9.3 oraz 9.4 formularza ofertowego) wykonawca PLL LOT nie posiada odpowiednich umów prowizyjnych, które uzasadniają zaoferowanie ceny 0,01 zł za wystawienie biletów kolejowych; 4) w przypadku rezerwacji hotelowych (pkt 9.5 oraz 9.6 formularza ofertowego) wykonawca PLL LOT posłuży się podwykonawcą, który nie ma odpowiednich umów pozwalających na wykonanie zamówienia za 0,01 zł i jednocześnie zaoferowanie 10% upustu. Tego typu umów dla swoich Klientów nie posiada również bezpośrednio wykonawca; 5) w przypadku procedury wizowej (pkt 9.7 formularza ofertowego) nie jest możliwe zaoferowanie opłaty transakcyjnej w wysokości 0,01 zł w postępowaniu przez żadnego wykonawcę ze względu na specyfikę tej usługi i brak prowizji lub jakichkolwiek zysków z nią związanych poza kwotą opłaty transakcyjnej; 6) w zakresie upustów, które również stanowią składniki ceny (pkt 9.8-9.12 z wyłączeniem pkt 9.11) to wykonawca PLL LOT nie posiada odpowiednich umów, które pozwalają na udzielenie upustów w tej wysokości w przypadku zakupu usług od dostawców zewnętrznych. Oznacza to, iż w każdym przypadku, który nie stanowi przelotu realizowanego przez PLL LOT wykonawca ten ma zamiar finansować zamówienia z zysku osiągniętego właśnie na przelotach własnych.

Reasumując Odwołujący wskazał, iż wykonawca PLL LOT jest w stanie zrealizować niniejsze zamówienie z zyskiem wyłącznie gdy osiągnie odpowiednią liczbę przelotów realizowanych zasobami własnymi. Natomiast w przypadku gdy Zamawiający nie zamówi połączeń lotniczych w ogóle.

Następnie Odwołujący podniósł, iż cena zaoferowana w ust. 9 pkt 9.7 Formularza oferty PLL LOT za przeprowadzenie procedury uzyskiwania wizy wynosi 0,01 zł. Taka cena jest absolutnie oderwana od rzeczywistości i realiów rynkowych. W przypadku procedury wizowej nie są wypłacane prowizje. Brak prowizji dla agenta wynika z samej istoty procedury wizowej, która nie jest usługą komercyjną, a administracyjną. Opłaty uiszczane za wystawienie wizy są

daninami publicznymi i nie wypłaca się od nich prowizji ani w Polsce, ani w żadnym kraju Unii Europejskiej, a prawdopodobnie w żadnym kraju na świecie. Kwota 0,01 zł nie wystarczy na pokrycie kosztów procedury wizowej, które zgodnie z Rozdziałem XIII ust. 6 pkt 6.1. SIWZ obejmują minimalnie: „skompletowanie i odbiór dokumentacji niezbędnej do wszczęcia procedury uzyskania wizy, złożenia w odpowiedniej placówce dyplomatycznej wymaganych dokumentów, dostarczenie dokumentów wizowych do miejsca i w terminie wskazanym przez Jednostkę oraz wszelkie inne koszty związane z należyтым i zgodnym ze SIWZ wykonaniem przedmiotu zamówienia”. Wykonawca PLL LOT nie jest więc w stanie pokryć kosztów procedury wizowej z zaoferowanej ceny opłaty transakcyjnej ani nie może liczyć na żadne dodatkowe prowizje w tym zakresie. Należy więc stwierdzić, iż cena ta jest rażąco niska.

W zakresie biletów lotniczych zagranicznych (pkt 9.1 oraz 9.9 formularza ofertowego) Odwołujący zauważył, iż: 1) opłata transakcyjna z pkt 9.1 formularza ofertowego oraz 2) wartość upustu z pkt 9.9 formularza ofertowego stanowią składniki ceny tej samej usługi - wystawienia biletu lotniczego na trasie zagranicznej. Dlatego można je również rozpatrywać łącznie. Odwołujący zarzut w zakresie pkt 9.1 oraz 9.9 formularza ofertowego opiera o fakt, iż sprzedaż biletów lotniczych obcych przewoźników będzie realizowana nie przez PLL LOT, a przez podwykonawcę. Tymczasem taki układ, z uwagi na brak odpowiednich umów rozliczeniowych, nie pozwala na uzyskanie przez wykonawcę prowizji, która: 1) wystarczyłaby na pokrycie kosztów wystawienia biletu ponad 0,01 zł, 2) dodatkowo pokryłaby koszty realizacji upustu na rzecz Zamawiającego.

W zakresie biletów lotniczych krajowych (pkt 9.2 oraz 9.8 formularza ofertowego PLL LOT) Odwołujący zauważył, iż: 1) opłata transakcyjna z pkt 9.2 formularza ofertowego oraz 2) wartość upustu z pkt 9.8 formularza ofertowego stanowią składniki ceny tej samej usługi - wystawienia biletu lotniczego na trasie krajowej. Dlatego można je również rozpatrywać łącznie. Upust zaoferowany w pkt 9.8 formularza ofertowego w wysokości 15% od ceny przewoźnika przekracza wszelkie standardy rynkowe. Nawet jeżeli PLL LOT stać na zaoferowanie takiego opustu to jest to wartość absolutnie maksymalna.

Odnosnie biletów kolejowych (ust. 9 pkt 9.3;9.4; 9.10;9.11 formularza ofertowego PLL LOT) Odwołujący przywołał brzmienie rozdziału XIII ust. 5 pkt 5.2 SIWZ. Wskazał, iż w przypadku biletów kolejowych są wypłacane prowizje przez niektóre linie kolejowe. Natomiast prowizje te są stosunkowo o wiele niższe niż prowizje od rezerwacji hotelowej (z uwagi na o wiele niższe wartości procentowe tych prowizji oraz niższe koszty usługi głównej) lub sprzedaży biletu lotniczego (z uwagi na o niższe wartości procentowe tych prowizji oraz wiele niższe koszty usługi głównej) i nie pokrywają nawet kosztów wystawienia biletu kolejowego. Dodatkowo, w przypadku biletów kolejowych zagranicznych wykonawca PLL LOT zaoferował 5 upustu od ceny przewoźnika dla biletów kolejowych. W ocenie Odwołującego nie

jest realnym aby wykonawca PLL LOT lub jego podwykonawca (LOT Travel sp. z o.o.) dysponował umowami, które pozwalają na osiągnięcie średniej wartości prowizji dla agenta od biletu kolejowego zagranicznego w wysokości 5%. Dlatego zdaniem Odwołującego także ten składnik ceny biletu zagranicznego jest zaniżony. Odwołujący zauważył, iż: 1) opłata transakcyjna z pkt 9.3 formularza ofertowego oraz 2) wartość upustu z pkt 9.10 formularza ofertowego stanowią składniki ceny tej samej usługi - wystawienia biletu kolejowego na trasie zagranicznej. Dlatego można je również rozpatrywać łącznie. Należy więc zauważyć, iż prowizja, którą PLL LOT mógłby przeznaczyć na pokrycie kosztów wystawienia biletu kolejowego zostanie „skonsumowana” przez upust przekazany dla Zamawiającego. Odwołujący nie kwestionuje upustu zaproponowanego przez wykonawcę PLL LOT w pozycji 9.11 formularza ofertowego.

W zakresie rezerwacji hotelowych Odwołujący przywołał postanowienie rozdziału XIII ust. 6 pkt 6.2 SIWZ. Odwołujący zauważył, iż: 1) opłata transakcyjna z pkt 9.5 formularza ofertowego oraz 2) wartość upustu z pkt 9.12 formularza ofertowego mogą być rozpatrywane łącznie w przypadku dokonywania zagranicznej rezerwacji hotelowej. Z kolei: 1) opłata transakcyjna z pkt 9.6 formularza ofertowego oraz 2) wartość upustu z pkt 9.12 formularza ofertowego mogą być rozpatrywane łącznie w przypadku dokonywania krajowej rezerwacji hotelowej. W ocenie Odwołującego nie jest realnym, aby wykonawca PLL LOT lub jego podwykonawca (LOT Travel sp. z o.o.) dysponował umowami, które pozwalają na osiągnięcie średniej wartości prowizji dla agenta od rezerwacji hotelowej w wysokości 10% oraz jednocześnie pokrycie kosztów dokonania rezerwacji hotelowej. Zdaniem Odwołującego wykonawca PLL LOT równocześnie zaniżył wartość opłat transakcyjnych w sposób, który nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów realizacji zamówienia określonych przez Zamawiającego oraz zawyżył wysokość opustu ponad własne możliwości.

Przechodząc do zarzutu trzeciego Odwołujący przedstawił uwagi wstępne dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. W szczególności Odwołujący podniósł, iż oferta wykonawcy podlega odrzuceniu nie tylko gdy zawiera rażąco niską cenę, ale również kiedy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie złożył wyjaśnień lub złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Dalej Odwołujący uzasadniał, iż ciężar dowodu co do braku rażąco niskiej ceny zarówno przed Zamawiającym, jak i przed Krajową Izbą Odwoławczą leży na wykonawcy, którego oferta została zbadana w zakresie rażąco niskiej ceny (odpowiednio art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - ciężar dowodu w postępowaniu; art. 190 ust.1a pkt 1 ustawy Pzp - ciężar dowodu przed KIO).

Następnie Odwołujący uzasadniał, że kwestia rażąco niskiej ceny powinna być analizowana w odniesieniu do: 1) cen rynkowych, 2) cen w postępowaniu (w tym szacowania wartości zamówienia) ale przede wszystkim 3) w stosunku do indywidualnych możliwości

wykonawcy. Wykonawca PLL LOT nie przedstawił żadnych dowodów dotyczących cen rynkowych - tego typu informacje odnoszą się do cen w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i generalnie są pozyskiwane z informacji jawnych. Innymi słowy nie jest możliwe ich utajnienie. Z tego Odwołujący wnosi, iż tego typu informacje nie zostały przedstawione. Wskazał, iż Odwołujący nie posiada treści wyjaśnień ale jest przekonany, iż wykonawca PLL LOT nie odniósł się do cen w postępowaniu, 2) nie wykazał w jaki sposób jego możliwości są wyższe od potencjału Odwołującego w ten sposób aby mógł zaoferować zdecydowanie niższe ceny, nie tylko na bilety lotnicze ale we wszystkich innych pozycjach, tj. w odniesieniu do rezerwacji hotelowych (niemal dwa razy wyższy upust), pośrednictwa wizowego (3900 razy niższa cena) lub biletów kolejowych (kilkaset razy niższa cena). Wykonawca PLL LOT w swoich wyjaśnieniach nie poruszył także prawdopodobnie tematu będącego na granicy przesłanki 2) i 3) to jest możliwości zaoferowania tak niskiej ceny za pośrednictwo wizowe, rezerwacje kolejowe oraz tak wysokiego upustu za rezerwacje hotelowe. Tymczasem Zamawiający wprost wymagał złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Wykonawca PLL LOT nie odniósł się wreszcie właściwie do własnego potencjału i to w żadnym zakresie. Wykonawca PLL LOT nie przedstawił również umów handlowych, które pozwalają mu na zaproponowanie tak niskich cen w postępowaniu. Innymi słowy nie udowodnił, na jakiej podstawie ma zamiar finansować realizację zamówienia poza przychodami z lotów własnych, czyli realizowanych przez PLL LOT. Oznacza to, iż wykazanie przychodów nie zostało podjęte w sposób pełny i rzetelny - nie przedstawiono odpowiednich dowodów w tym zakresie, prawdopodobnie ograniczając się jedynie do gołosłownych twierdzeń oraz posiadanej przez PLL LOT pozycji dominującej i statusu „narodowego przewoźnika”. Nie przedstawiono również żadnych przychodów, które uzasadniałyby zaoferowanie opłat transakcyjnych na poziomie 0,01 zł poza przychodami z lotów własnych. Nie uwzględniono, iż zamówienie w odniesieniu od przewozów realizowanych przez „linie obce”, a nie samodzielnie przez PLL LOT będzie realizowane przez podwykonawcę. Nie przedstawiono również żadnych dowodów, które uzasadniałyby jakiegokolwiek przychody przekraczające 0,01 zł ze sprzedaży biletów kolejowych lub usług pośrednictwa wizowego. Jednocześnie wykonawca PLL LOT nie przedstawił w sposób prawidłowy ani nie udowodnił kosztów realizacji zamówienia. Należy podkreślić, iż w swoich wyjaśnieniach wykonawca PLL LOT ma tendencję do zaniżania kosztów przez ich liczenie dla sytuacji optymalnej, a nie realnej. Wykonawca PLL LOT w swoich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie udowodnił, a prawdopodobnie nie odniósł się do żadnego lub chociaż większości z wymaganych przez Zamawiającego kosztów. W tym w szczególności nie wskazał na koszty pracy, koszty odbioru i złożenia dokumentów wizowych, koszty finansowania opłat, w tym opłat klimatycznych, taks zabezpieczających, kosztów finansowych i podatków krajowych itp. Innymi

słowy wykonawca PLL LOT odpowiedział na wezwanie do rażąco niskiej ceny jedynie formalnie. W ocenie Odwołującego nieudowodnienie kosztów wykonania usługi (w tym w szczególności kosztów pracy, kosztów biura itp.) stanowi błąd zasadniczy, niepozwalający na uznanie, iż wykonawca PLL LOT sprostął obowiązkowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Jeżeli jednak, wbrew zdrowemu rozsądkowi, wykonawca PLL LOT posiada tak niskie koszty, które pozwalają na realizację zamówienia za 0,01 zł w każdej pozycji, bez stosowania inżynierii cenowej lub finansowania ze źródeł zewnętrznych to powinien był to udowodnić w swoich wyjaśnieniach, czego zaniechał. Natomiast zdaniem Odwołującego kwota 0,01 zł z tytułu dowolnej opłaty transakcyjnej nie wystarczy samodzielnie na pokrycie żadnej istotnej części kosztów wykonania niniejszego zamówienia, a więc przynajmniej część opłat transakcyjnych [w przekonaniu Odwołującego - wszystkie] została drastycznie zaniżona.

Podsumowując Odwołujący wskazał, iż wykonawca PLL LOT 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. Tymczasem, zgodnie z ustaloną już interpretacją przepisów złożenie wyjaśnień niepełnych, pozbawionych dowodów traktowane jest jak ich niezłożenie w ogóle, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Złożenie wyjaśnień niepełnych, celowo pomijających finansowanie wykonania niektórych elementów zamówienia (bilety kolejowe, usługi pośrednictwa wizowego) wprost potwierdza obarczenie oferty PLL LOT wadą rażąco niskiej ceny. Złożenie takich wyjaśnień powinno skutkować więc odrzuceniem oferty PLL LOT zarówno z art. 90 ust. 3, jak i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Z ostrożności, skoro Odwołujący nie otrzymał wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy PLL LOT to podnosi, iż wyjaśnienia te nie zostały złożone w terminie.

Następnie Odwołujący przedstawił argumentację dotyczącą zarzutu ósmego odwołania podnosząc w szczególności, że z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji, praktyka narzucania rażąco niskiej ceny w celu wyeliminowania konkurentów narusza art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik, który mówi o wszystkich tzw. praktykach wykluczeniowych, polegających na „przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji”. Z punktu widzenia prawa antymonopolowego (ustawy uokik), stosowanie ceny rażąco niskiej stanowić będzie naruszenie prawa (skutkujące nieważnością złożonej oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ust. 4 uokik, którą w związku z tym zamawiający ma obowiązek odrzucić) wtedy, gdy cena jest tak ukształtowana przez dominanta (firmę dysponującą istotną siłą na danym rynku właściwym) w ofercie aby potencjalnie wyeliminować konkurenta w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego. Do naruszenia dochodzi zatem, gdy przedsiębiorca dominujący, zaniżając cenę, ponosi pewną

stratę (najczęściej rekompensując stratę przychodem z innego obszaru /ryнку swojej działalności) a działania tego nie da się wytłumaczyć inaczej niż chęcią wyeliminowania efektywnych konkurentów. Przykładami takich praktyk są drapieżnictwo cenowe, czyli praktyka polegająca na oferowaniu przez dominanta towarów lub usług po cenach istotnie zaniżonych (zazwyczaj poniżej kosztów) w zamiarze eliminacji konkurentów z rynku oraz stosownego podwyższenia cen w późniejszym czasie. A także ściskanie marży czyli praktyka polegająca na ustalaniu przez podmiot posiadający pozycję dominującą na rynku hurtowym, który jednocześnie działa na rynku detalicznym, wysokich cen hurtowych przy jednoczesnym stosowaniu względnie niskich cen na rynku detalicznym. W efekcie różnica pomiędzy cenami hurtową i detaliczną jest niewystarczająca, aby inny, nie mniej efektywny, podmiot konkurujący z ww. dominantem na rynku detalicznym mógł osiągnąć normalny zysk, podczas gdy ten drugi rekompensuje sobie straty lub zaniżone zyski w detalu wysokimi marżami w hurcie. Dalej Odwołujący wskazał, iż ważność oferty należy badać przede wszystkim na podstawie kodeksu cywilnego, jest ona bowiem oświadczeniem woli wykonawcy w przedmiocie udziału w postępowaniu i chęci zawarcia umowy o zamówienie publiczne (tak np. wyr. SO w Łodzi z 20.10.2004 r., III Ca 919/04, niepubl.). Oświadczenia woli w doktrynie są uznawane za jednostronne czynności prawne, do których mają zastosowanie przepisy Tytułu IV Księgi pierwszej i in. Kodeksu cywilnego. Kolejno Odwołujący przywołał brzmienie art. 58 kc i wskazał, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 lub 2 kc wymaga ustalenia, że oferta wykonawcy została sporządzona *contra legem* (ewentualnie ma na celu obejście przepisów prawa) lub jest sprzeczna z zasadami uznawanymi za społecznie akceptowalne, narusza tzw. reguły słuszności. Nieważność oferty zachodzić będzie także wówczas, gdy jest przejawem nadużywania pozycji dominującej (art. 9 ust. 3 uokik). Następnie Odwołujący przywołał treść art. 9 uokik, art. 4 pkt 9 uokik definiującego treść rynku właściwego. Wskazał, że podstawowym kryterium wyodrębnienia rynku geograficznego jest ustalenie granic konkretnego terytorium, na jakim towary są oferowane i gdzie panują zbliżone warunki konkurencji. Kryteria, którymi należy się kierować, wyznaczając zasięg terytorialny danego rynku to: rodzaj i właściwości towarów, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu. Czynniki te pozwalają na odróżnienie danego rynku geograficznego od pozostałych rynków, na których panują odmienne warunki konkurencji. Mając na uwadze powyższą definicję i kryteria wyznaczania rynków właściwych w odniesieniu do usług operacji lotniczych, należy co najmniej wyróżnić: 1) rynek krajowych operacji lotniczych (loty krajowe) oraz 2) rynek międzynarodowych operacji lotniczych (loty międzynarodowe).

Dalej Odwołujący podał, jakiego przedsiębiorcę można uznać za przedsiębiorcę posiadającego na rynku pozycję dominującą zgodnie z art. 4 pkt 10 uokik. Uzasadniał, iż

zdolność do niezależnego działania przedsiębiorcy i wpływ na zakres kształtowania się konkurencji na danym rynku, stwarza domniemanie, co prawda wzruszalne, że pozycja rynkowa przedsiębiorcy odpowiada pozycji dominacji. Istnienie takiego domniemania skutkuje odwróceniem ciężaru dowodu, gdyż aby go obalić, tzn. wykazać że wykonawca PLL LOT S.A. nie posiada pozycji dominującej na rynku krajowych operacji lotniczych. Kwestia ciężaru dowodu w zakresie braku pozycji dominującej na rynku krajowych operacji lotniczych wykonawcy PLL LOT S.A. przedstawia się analogicznie jak kwestia rozkładu ciężaru dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 190 ust. 1a pkt 2 upzp). Ciężar wykazania - z związku domniemaniem pozycji dominującej PLL LOT na rynku krajowych połączeń lotniczych wobec przekroczenia 40% udziału na tym rynku - spoczywa na: 1) wykonawcy (czyli PLL LOT S.A.), którym objęty jest domniemaniem posiadania pozycji dominującej, jest uczestnikiem postępowania odwoławczego albo 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę i objęty jest domniemaniem posiadania pozycji dominującej, nie jest uczestnikiem postępowania.

Dla obalenia domniemania pozycji dominującej PLL LOT S.A. na rynku krajowych połączeń lotniczych nie ma zastosowania art. 6 kc. Na rynku właściwym operacji lotniczych w ruchu krajowym wykonywanych stale (całorocznie), a nie jedynie okresowo (sezonowo) w ciągu roku, PLL LOT posiada pozycję monopolistyczną. Nie ma innego podmiotu poza PLL LOT świadczącego stale (całorocznie) usługi lotów krajowych. Sezonowo - ale jedynie na niektórych trasach krajowych (dotyczy to tras: Kraków - Gdańsk, Kraków - Szczecin, Gdańsk - Wrocław) usługi operacji lotniczych w ruchu krajowym świadczy linia niskokosztowa Ryanair.

W Polsce na trasach krajowych lata Ryanair i LOT. W 2017 roku Ryanair zawiesił loty na trasach z Warszawy Chopina do Gdańska i Wrocławia, a SprintAir z Gdańska do Radomia. W 2018 roku Ryanair zaprzestał lotów do Warszawy Chopina i uruchomił połączenie ze Szczecina do Krakowa. W 2019 roku LOT będzie latać z Krakowa do Olsztyna.

Odwołujący wskazywał, iż loty krajowe odbywają się na 11 portach lotniczych w Polsce (stan na 21.12.2018): 1) Warszawa Chopin, 2) Gdańsk, 3) Zielona Góra, 4) Poznań, 5) Szczecin, 6) Rzeszów, 7) Kraków, 8) Katowice, 9) Wrocław, 10) Lublin oraz 11) Olsztyn. Loty krajowe nie odbywają się na czterech portach lotniczych w Polsce: Warszawa Modlin, Bydgoszcz, Radom, Łódź. Dalej Odwołujący wskazał połączenia lotnicze krajowe z podziałem na przewoźników obsługujących: 1) Gdańsk - Wrocław (Ryanair), 2) Kraków - Szczecin (Ryanair, LOT), 3) Kraków - Gdańsk (Ryanair, LOT), 4) Kraków - Olsztyn (LOT), 5) Warszawa Chopina - Gdańsk (LOT), 6) Warszawa Chopina - Szczecin (LOT), 7) Warszawa Chopina - Zielona Góra (LOT), 8) Warszawa Chopina - Poznań (LOT), 9) Warszawa Chopina - Rzeszów (LOT), 10) Warszawa Chopina - Kraków (LOT), 11) Warszawa Chopina - Katowice (LOT), 12) Warszawa Chopina - Wrocław (LOT) oraz

13) Warszawa Chopina - Lublin (LOT). Liderem pod względem liczby przewiezionych pasażerów na rynku krajowym jak potwierdzają dane zamieszczone na stronie Urzędu Lotnictwa Cywilnego jest PLL LOT S.A., który osiągnął również największy wzrost (+45 tys. pasażerów i +267 tys. po trzech kwartałach) w III kwartale 2018 r. Największe spadki w ruchu krajowym odnotował Ryanair (-312 tys. pasażerów w kwartale, spadek ponad 850 tys. po trzech kwartałach). Nadto jak wynika z informacji/opracowań zamieszczonych na stronie Urzędu Lotnictwa Cywilnego a dotyczących statystyk ruchu regularnych pasażerskich operacji lotniczych - łączna liczba pasażerów obsługiwanych w polskich portach lotniczych w krajowym i międzynarodowym ruchu regularnym w I kwartale 2013 r. wyniosła w sumie 8.325,931 osób. Liczba pasażerów w przelotach międzynarodowych w I kwartale 2018 r. to 7.508.508 osób. To oznacza, że w I kwartale 2018 r. liczba pasażerów krajowych to 817.423 osób.

Odwołujący uzasadniał, iż jedyny konkurent PLL LOT na rynku krajowych lotów pasażerskich Ryanair w całym 2018 na trasie Gdańsk-Wrocław-Gdańsk, przewiózł między oboma miastami 46,2 tys. pasażerów, zaś na trasie z Krakowa do Gdańska obsługiwanych zostało 97,1 tys. pasażerów. Powyższe dane potwierdzają w sposób jednoznaczny, że wykonawca PLL LOT posiada pozycję nie tylko nawet dominującą - co wręcz monopolistyczną - na krajowym rynku lotów pasażerskich.

Odwołujący wskazał, że wprowadzenie samo posiadanie przez jakiegokolwiek przedsiębiorcę pozycji dominanta na rynku nie jest samo w sobie zakazane, ale już nadużywanie wzmiankowanej pozycji przez przedsiębiorców już ją posiadających, zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji konsumentów, jest zakazane. Na poparcie prezentowanego stanowiska Odwołujący przywołał fragment wyroku SN z 19.9.2009 r., III SK 5/09, jak również SA w Warszawie z 17.12.2010 r., VI ACa 427/10, niepubl. Nadużywanie pozycji dominującej może być zdefiniowane poprzez rodzaje działań stanowiących jego istotę - z tego punktu widzenia nadużywanie może polegać na eksploataowaniu lub umacnianiu pozycji dominującej. Dalej Odwołujący przywołał również tezy dotyczące nadużywania pozycji dominującej wynikające z wyroku SN z 24.7.2003 r., I CKN 496/01, wyroku Sądu Antymonopolowego z 23.6.1999 r., XVII AMA 26/99, wyroku SA w Warszawie z 5.11.2008 r., VI ACa 525/08, niepubl.

Odwołujący wskazywał, że wyróżnia się dwa typy praktyk nadużywających (abuzywnych) - praktyki wykluczające (*exclusionary abuses*), zwane też antykonkurencyjnymi, oraz praktyki eksploatacyjne (*exploitative abuses*). Odwołujący przywołał fragment wyroku SN z 19.10.2006 r., III SK 15/06. Argumentował, że pomimo, iż nie ma legalnej definicji pojęcia nadużywania pozycji dominującej, w art. 9 ust. 2 uokik ustawodawca wskazał przykłady praktyk, które należy traktować jako przejawy nadużywania tej pozycji, zawierając wśród nich

w szczególności takie praktyki jak narzucanie nieuczciwych cen, ograniczanie produkcji, stosowanie uciążliwych warunków w umowach z osobami trzecimi, uzależnianie zawarcia umowy od spełnienia świadczeń niemających związku z przedmiotem umowy, przeciwdziałanie rozwojowi konkurencji, narzucanie uciążliwych warunków umów, podział rynku. Ten ustawowy otwarty katalog zachowań przedsiębiorców, o czym świadczy zwrot w szczególności, prowadzących do nadużywania przez nich pozycji dominującej, należy dodatkowo rozszerzyć o stosowanie jeszcze jakichkolwiek innych praktyk, niewymienionych co prawda w powyższym przepisie, a sprzecznych z celami uokik, które to praktyki naruszałyby interesy konkurentów dominującego przedsiębiorcy, przejawiając się choćby pozbawieniem ich zyskowego dostępu do danego rynku lub też godziły w interesy kontrahentów dominanta oraz konsumentów korzystających z jego usług.

Przez praktyki eksploatacyjne rozumie się jednostronne działania przedsiębiorców, których skutkiem bezpośrednim jest wyrządzenie szkody interesom kontrahentów (klientów), w tym konsumentom, nawet jeśli mechanizm konkurencji nie jest przez to zakłócony, a konsumenci uzyskują krótkoterminowo pewne korzyści (np. w postaci niższej ceny). Jednym z przejawów nadużywania pozycji dominującej jest narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich (art 9. ust 1 pkt 1 uokik). Za praktyki wykluczające uznaje się jednostronne zachowania przedsiębiorców, które powodują wykluczenie innych przedsiębiorców z rynku - wykluczenie ekspansji na rynku lub wejścia na rynek. Z przejawem takiego działania w stanie faktycznym niniejszej sprawy należy uznać ofertę złożoną przez wykonawcę PLL LOT w odniesieniu do istotnej części składowej ceny jaką jest wysokość upustu na biletów lotniczych na trasach krajowych w wysokości 15%.

Dalej Odwołujący wywodził, że za czyny nieuczciwej konkurencji mogą być również uważane zachowania, które nie realizując znamion opisanych w art. 5 - art. 17f uznk - za samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji można art. 3 ust. 1 tej ustawy (tak np. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 czerwca 2009 r., II CSK 44/09; wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2016 r., KIO 2786/15). Znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zarówno sądy powszechne, Sąd Najwyższy jak i Izba wychodzą ze słusznego założenia, iż prowadzenie działalności gospodarczej nie zwalnia przedsiębiorców od przestrzegania powszechnie przyjętych norm etycznych. Wręcz przeciwnie obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 9 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców, czyniąc z tego jedną z podstawowych zasady wykonywania działalności gospodarczej. Ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego bez wątplenia jest emanacją działalności gospodarczej, choćby w świetle wymagań

dotyczących doświadczenia, które mogą spełniać tylko podmioty posiadające przymiot przedsiębiorcy. Odwołujący przywołał również stanowisko Izby wynikające z wyroku z dnia 14 czerwca 2013 r, KIO 1240/13, KIO 1246/13, KIO 1248/13 oraz 18 grudnia 2018 r. KIO 2366/18, KIO 2374/18, KIO 2378/18, KIO 2379/18.

Podkreślał, że istotne znaczenie ma to, że zaistnienie podstawy odrzucenia oferty jest niezależne od tego, czy w danych okolicznościach postępowania dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji przesądziło o uzyskaniu zamówienia przez wykonawcę. Zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawodawca nie przewidział dodatkowych warunków zastosowania ww. regulacji. W związku z tym, obowiązek odrzucenia oferty Przystępującego jest w okolicznościach niniejszej sprawy niezależny od ilości punktów zdobytych przez niego oraz Odwołującego w pozostałych kryteriach oceny ofert (por. wyrok z dnia 16 sierpnia 2018 r. KIO 1493/18). To samo zresztą dotyczy opisanego powyżej czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na utrudnianiu dostępu do rynku.

Tymczasem, w okolicznościach niniejszej sprawy wykonawca PLL LOT ma zamiar finansować realizację zamówienia z kwot pochodzących z wykorzystania pozycji dominującej.

Zarzut szósty Odwołujący oparł na tych samych przesłankach, co zarzut drugi i trzeci, czyli w skrócie z uwagi na brak uwzględnienia wszystkich kosztów w poszczególnych pozycjach cenowych oferty wykonawcy PLL LOT.

W przedmiocie zarzutu piątego Odwołujący wskazał, że w jego ocenie oferta PLL LOT (poprzez stosowanie opustów do ceny biletów lotniczych o wartości rażąco przekraczającej standardy rynkowe) stanowi przykład wykorzystywania pozycji dominującej na rynku krajowych przewozów lotniczych (osobowych). Opisana wcześniej sytuacja stanowi asumpt do oceny tejże oferty pod kątem realizacji znamion czynu nieuczciwej konkurencji zdefiniowanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Odwołujący wskazał w szczególności, że w nauce prawa zauważa się, że zakres ochrony obydwu regulacji w większym lub mniejszym stopniu pokrywa się, dochodzić więc może do sytuacji, gdy określony czyn będzie wypełniał znamiona zarówno praktyk ograniczających konkurencję, o których mowa jest w art. 6-9 ustawy uokik, jak i czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 uznk (por. M. Sieradzka, M. Mioduszewski, J. Sroczyński, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd. II, 2016 teza 4 do art. 15). W tym stanie rzeczy wszelkie twierdzenia faktyczne dotyczące pozycji dominującej PLL LOT na rynku krajowych przewozów lotniczych przedstawione przy uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 9 ust. 3 ustawy uokik, jak również w odniesieniu do nierynkowego charakteru opustu przedstawione przy uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,

znajdują zastosowanie do oceny oferty PLL LOT jako wskazanego czynu nieuczciwej konkurencji, stąd też zbędne wydaje się ich ponowne przytaczanie. Nie ulega wątpliwości, iż warunkiem kwalifikacji zachowania przedsiębiorcy jako czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk nie jest osiągnięcie pozycji dominującej ani istnienie porozumień ograniczających konkurencję. Z drugiej jednak strony posiadanie takiej pozycji niewątpliwie taką kwalifikację ułatwia, czyniąc możliwość utrudniania dostępu do rynku realną. W tym właśnie kontekście nie można pominąć wykazanej przy uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 9 ust. 3 ustawy uokik pozycji dominującej PLL LOT na rynku krajowych przewozów lotniczych.

Dalej Odwołujący dokonał wykładni czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Wskazał, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy utrudnianie to polega na składaniu ofert zawierających oderwane od kalkulacji rynkowej opusty na bilety lotnicze, w wysokości niemożliwej do zaoferowania przez jakikolwiek podmiot działający na rynku organizatorów podróży służbowych, wynikający z posiadania pozycji dominującej na rynku krajowych przewozów lotniczych. Utrudnianie dostępu do rynku wynika z faktu, iż zarówno w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jak i prywatnych procedurach przetargowych, w których biorą udział zarówno Odwołujący, jak i PLL LOT, opust na cenę biletu lotniczego stanowi istotne kryterium oceny ofert. Wobec powyższego, stosując wyżej opisaną, nieuczciwą i niezgodną z prawem praktykę, PLL LOT w istotny sposób wpływa na rynek organizacji podróży służbowych utrudniając innym uczestnikom tego rynku zdobywanie zamówień.

Odwołujący wskazał, iż kwestia wykazania dumpingowego charakteru opustu została wykazana przy uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Dalej wykonawca podniósł, iż PLL LOT nie może również tłumaczyć wysokości opustu chęcią zwiększenia pasażerów w ramach tzw. lotów nisko obłożonych. Narzucone przez Zamawiającego warunki umowy uniemożliwiają na etapie składania oferty i kalkulacji ceny ustalenie, czy w ramach umowy będą zakupywane bilety na połączenia w szczycie, czy też połączenia nisko obłożone. Wskazał, iż kalkulując oferty w sposób przyjęty w postępowaniu będącym przedmiotem oceny Izby, PLL LOT ma pełną świadomość tego, iż inny przedsiębiorca z branży organizatorów podróży służbowych, pozbawiony przewagi wynikającej z posiadania przez PLL LOT pozycji dominującej na rynku przewozów lotniczych, ma do wyboru 2 możliwości: 1) złożyć ofertę z ceną poniżej racjonalnego poziomu kosztów, co w dłuższej lub krótszej perspektywie doprowadzi go do stanu niewypłacalności; 2) złożyć ofertę o parametrach rynkowych, co spowoduje wybór oferty konkurencji, stosującej politykę rażąco niskiej ceny. W obu wymienionych przypadkach skutek będzie ten sam - przedsiębiorca zostanie wyeliminowany z rynku. Odwołujący zwrócił również uwagę na ustaloną linię

orzecniczą dotyczącą czynów określonych w art. 15 uznk, zgodnie z którą wykazanie realizacji przez danego przedsiębiorcę praktyki określonej w tym przepisie przerzuca na niego ciężar dowodu, iż dane zachowanie nie stanowi utrudniania dostępu konkurencji do rynku, przywołując w ww. zakresie stosowne orzecznictwo.

W zakresie zarzutu czwartego Odwołujący wskazał, iż wyjaśnienia PLL LOT w ogóle nie zostały przedstawione Odwołującemu, w żadnej części - nawet w zakresie daty pisma, jego oznaczenia, czy ilości i rodzaju załączników. W ocenie Odwołującego takie utajnienie jest zbyt daleko idące i służy wyłącznie utrudnieniu skorzystania z prawa do złożenia odwołania przez Odwołującego. Wykonawca PLL LOT nie wyjaśnił, dlaczego zastrzega również treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a przynajmniej takie wyjaśnienia nie zostały Odwołującemu udostępnione. Trudno sobie jednocześnie wyobrazić, aby same wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Co więcej, brak było podstaw aby Zamawiający uznać za część niejawną większość wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Należy zauważyć, iż wyniki finansowe w tym nawet zarobek z jednego pasażera stanowią informacje publikowane. Ponadto PLL LOT w poprzednich postępowaniach w sprawie zamówienia publicznego nie utajniał swoich wyjaśnień. W takiej sytuacji należy uznać, iż wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę PLL LOT przynajmniej w większej części powinny być jawne. W przypadku formularzy cenowych, które są stworzone przez zamawiającego, należy przede wszystkim uwzględnić przepis art. 86 ust. 4 ustawy Pzp i generalną zasadę jawności informacji cenowych z formularzy oferty. Natomiast w przypadku tzw. wyjaśnień rażąco niskiej ceny należy mieć na względzie zakres utajnienia [czy utajniono wyłącznie elementy tego wymagające] oraz wykazanie zasadności utajnienia, jak również to, czy w istocie utajnione elementy mogą wystąpić w innych postępowaniach lub w innych okolicznościach. [Mazurek Grzegorz, *Tajemnica przedsiębiorstwa - kalkulacje ceny*. Opublikowano: M.Zam.Pub. 2018/6/13-15].

W zakresie zarzutu pierwszego wykonawca przywołał brzmienie art. 82 ust. 1 oraz art. 83 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp. Uzasadniał, iż w okolicznościach niniejszej sprawy wykonawca PLL LOT złożył dwie takie same oferty. Poza różną nazwą oferty nie różnią się swoją treścią. Popołniono w nich dokładnie te same błędy skutkujące ich nieważnością. Natomiast nie ma wątpliwości, iż złożono dwie oferty i do każdej załączono pełnomocnictwo do jej podpisania.

Przechodząc do zarzutu siódmego Odwołujący przywołał brzmienie art. 10a ust. 5 ustawy Pzp. Nadto podał, że również w SIWZ Zamawiający wskazał, iż *„Oferta powinna być sporządzona w formie elektronicznej podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną i w języku polskim, pod rygorem nieważności”* (Rozdział X ust. 2 SIWZ). Zamawiający wskazał, że również *„Poświadczenie za zgodność z oryginałem*

następuje w formie elektronicznej".(Rozdział X ust. 8 SIWZ). Ponadto Odwołujący wskazał, że wykonawca PLL LOT nie złożył dokumentu w postaci elektronicznej, a jedynie jego skan, następnie potwierdzony za zgodność z oryginałem. Odwołujący wywodził, iż mamy do czynienia jedynie z kopią oferty, a nie z jej oryginałem z dwóch okoliczności: 1) na ofercie złożono widoczne podpisy pełnomocnika wykonawcy PLL LOT, co świadczy o przygotowaniu oferty najpierw w formie pisemnej; 2) wykonawca PLL LOT w ten sposób, to jest poprzez zeskanowanie dokumentu sporządzonego w formie pisemnej, a następnie opatrzenie go podpisem kwalifikowanym dokonuje potwierdzenia za zgodność z oryginałem w postępowaniu, czemu dał wyraz składając np. dokumenty na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. W szczególności wykonawca PLL LOT nie stosuje w takim przypadku żadnych dopisków „za zgodność z oryginałem itp.". Zdaniem Odwołującego nie jest możliwe, iż dwa pliki sporządzone w ten sam sposób zostały złożone w różnej formie. Zdaniem Odwołującego zarówno formularz oferty złożony przez wykonawcę PLL LOT, jak i np. zaświadczenie Naczelnika Pierwszego Urzędu Skarbowego w Warszawie stanowią kopie potwierdzone za zgodność z oryginałem. Złożenie kopii oferty zamiast oryginału stanowi o jej nieważności, zgodnie z treścią art. 10a ust. 5 ustawy Pzp.

W końcu odnosząc się do zarzutu dziewiątego Odwołujący wskazał, że należy zauważyć, iż jeżeli Izba uzna, iż zeskanowanie dokumentu sporządzonego w formie pisemnej oraz opatrzenie go podpisem elektronicznym nie stanowi potwierdzenia za zgodność z oryginałem to taką interpretację należy rozciągnąć na wszystkie dokumenty złożone w postępowaniu. Oznaczałoby to, iż dokumenty złożone przez PLL LOT na wezwanie Zamawiającego stanowią jedynie dokumenty prywatne, a nie urzędowe następnie potwierdzone za zgodność z oryginałem. Dokumenty prywatne zdaniem Odwołującego nie są to dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ergo należy uznać, iż wykonawca PLL LOT do dnia złożenia odwołania nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 kwietnia 2019 r. wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PLL LOT, która jest niezgodna z ustawą, gdyż ww. wykonawca złożył dwie oferty Zamawiający w szczególności wskazał, iż wykonawca załączył na Platformie Zamawiającego dwa pliki formularza tej samej treści oferty. Pierwszy plik został zamieszczony na Platformie przez wykonawcę 2019 – 02-28 09:15:48 i opisany: PLL LOT – formularz oferty. Drugi plik został zamieszczony 2019 -02 – 28 09:14:15 i został opisany:

698207 PLL LOT SA – Załącznik nr 4 – Formularz Oferty – nr postępowania 2019-17. Nie zmienia to faktu, iż oba złożone dokumenty stanowią tą samą treść, nie różnią się od siebie treścią oświadczenia woli. Zamawiający podniósł, iż Odwołujący nie przedstawił dowodów na to, że wykonawca PLL LOT złożył dwie różne oferty. Odwołujący w dalszej części swojego zarzutu jedynie lakonicznie wywodzi, że dwa pliki złożone przez wykonawcę stanowią dwie oferty, w rozumieniu art. 82 ust. 1 ustawy Pzp.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1, art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk Zamawiający wskazał, iż rozumie, że dla Odwołującego brak satysfakcjonującego rozstrzygnięcia przetargu nie jest zadowalający, jednak Odwołujący jako profesjonalny podmiot funkcjonujący na rynku branży przewoźników pomija bardzo istotny fakt, na który zwróciła uwagę KIO w wyroku z dnia 5 kwietnia 2017 r. sygn. KIO 558/17. Izba wskazała bowiem, że opustu nie można traktować jako ceny. KIO podkreśliła, że z uwagi na to, że wartość opustu nie jest wyrażana w jednostkach pieniężnych nie może być traktowana jako cena w rozumieniu przepisów Pzp. Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z naturalną i rzeczywistą konkurencją między podmiotami, gdzie w sposób jednoznaczny z formularza oferty obu wykonawców wynika, że w 15 pozycjach oferują skalkulowane przez siebie wielkości. To z kolei powoduje, iż po przeliczeniu punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert różnica między nimi wynosi jedynie 26,03 pkt (Wykonawca PLL LOT S.A. uzyskał 98,00 punktów. Odwołujący zaś 71,97). Wobec powyższego nie znajduje w okolicznościach faktycznych sprawy regulacja zawarta w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Zamawiający nie zna okoliczności, które utrudniałyby Odwołującemu dostęp do rynku. Odwołujący nie tylko bowiem złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, ale także podjął rywalizację z wykonawcą PLL LOT, z tym, że jego oferta okazała się o 26,03 pkt niżej oceniona, niż oferta wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą.

Niezależnie od przytoczonej argumentacji, zarzut Odwołującego nie może zostać uwzględniony również z tego względu, iż nie została udowodniona ponad wszelką wątpliwość okoliczność dopuszczenia się przez PLL LOT czynu nieuczciwej konkurencji. Zwłaszcza, że Odwołujący jedynie spekuluje na czym ten czyn nieuczciwej konkurencji miałby polegać, tj. rzekome dopłacanie do biletów oferowanych przez przewoźników, co nie jest ekonomicznie opłacalne.

Zamawiający podniósł, że twierdzenia Odwołującego niepoparte żadnymi dowodami nie stanowią wystarczającej przesłanki do uznania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do czynu nieuczciwej konkurencji. Z powyższych względów, Zamawiający uznaje zarzuty i żądania Odwołującego za nieuzasadnione. W tym zakresie Odwołujący nie sprostował ciężarowi dowodu i nie wykazał spełnienia przesłanek niezbędnych od odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Tymczasem zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony i

uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Nie ulega wątpliwości, że tym podmiotem, który z kwestii podnoszonych w odwołaniu wywodzi skutki prawne jest Odwołujący. Na poparcie prezentowanego stanowiska Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 27 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1712/16 oraz z dnia 12 czerwca 2013 r. sygn. akt: KIO 1283/13.

Podsumowując Zamawiający stwierdził, że zarzut jest bezzasadny i nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący podnosi, że wykonawca PLL LOT S.A. zaoferował opłaty transakcyjne, które są nierealistycznymi cenami za wykonanie przedmiotu zamówienia, w celu sztucznego podwyższenia punktacji oferty, co stanowi klasyczny przykład manipulacji cenowej. Ponadto Odwołujący powołuje się na art. 3 ust. 1 uznk, jednakże wskazany przepis wyraża jedynie ogólną zasadę, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Tymczasem szczegółowy katalog czynów nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy zawiera art. 15 uznk. Odwołujący nie wykazał zatem na czym ten czyn nieuczciwej konkurencji popełniony przez PLL LOT miałby polegać. W ocenie Zamawiającego potwierdza to nie tylko fakt, iż z żadnym czynem nieuczciwej konkurencji nie mamy do czynienia, ale też Odwołujący formułując bardziej szczegółowy zarzut musiałby dowieść, że sam się go nie dopuścił. Zamawiający wskazał, iż zgodnie z orzeczeniem KIO z dnia 24 maja 2017 r. „postrzeganie wysokości zaoferowanych przez PLL LOT S.A. opustów nie może sprowadzać się do perspektywy odwołującego, tj. jego własnych możliwości i jemu dostępnych mechanizmów budowy ceny/opustów oraz nie może opierać się na ogólnych, nie poddających się obecnie weryfikacji, założeniach.” Konkretna kwota wynikająca z opustów jest znana dopiero w momencie dokonywania konkretnej rezerwacji biletu, gdyż na etapie oceny ofert nie jest znana cena biletów. Zatem wartość ta choć w praktyce nabierze wymiaru pieniężnego przy realizacji umowy, to na etapie oceny ofert nie może być porównana w ramach kryteriów ceny, gdyż nie stanowi ceny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny PLL LOT Zamawiający wskazał, iż dokument przekazany przez Przystępującego zawiera jego wewnętrzne kalkulacje, które z pewnością stanowią istotną informację dla otoczenia biznesowego spółki, a dla wykonawcy tajemnicę handlową. To od woli Przystępującego zależna jest możliwość zapoznania się ze szczegółami wyjaśnień.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający przywołał brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i podniósł, że kluczowe w tym przepisie jest zaistnienie kumulatywnego spełnienia przesłanek, tj. jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do

przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego. Dopiero stwierdzenie tych dwóch okoliczności obliguje Zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Mimo nie spełnienia ww. przesłanek z daleko posuniętej ostrożności procesowej (spowodowanej historycznymi poprzednimi postępowaniami) Zamawiający wezwał PLL LOT do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a wykonawca złożył stosowne wyjaśnienia i zastrzegł je jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z powyższym brak jest podstaw do zarzucenia Zamawiającemu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego w następstwie braku wyjaśnień, czy potwierdzenia, poprzez te wyjaśnienia wraz z dowodami (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp) zaoferowania przez Przystępującego ceny rażąco niskiej.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Pzp w zw. z art. 10a ust. 5 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający argumentował, że w jego ocenie skan oferty opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym odpowiada wymaganiom ustawy Pzp co do formy, tj. sporządzenia oferty w postaci elektronicznej określonym w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp. Dokumentem w rozumieniu art. 77(3) Kc jest każdy „nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią”. Kodeks nie wprowadza odrębnej definicji dokumentu elektronicznego, jednak w art. 78(1) § 1 wskazuje, że „dla zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym”. Dyspozycja art. 65 (1) Kc, nakazuje stosować przepisy dotyczące oświadczenia woli odpowiednio do innych oświadczeń. Można śmiało stwierdzić, że każda forma zapisu cyfrowego, w której zawarta jest możliwa do odczytania treść obejmująca oświadczenie woli lub wiedzy składającego, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, będzie stanowiła dokument złożony w postaci elektronicznej. W świetle powyższego skan oferty spełnia ustawowy wymóg postaci elektronicznej oświadczenia, ponieważ istnieje możliwość zapisania go w postaci cyfrowej i odczytania za pomocą programu. Dalej Zamawiający przywołał fragment wyroku KIO z dnia 25 lutego 2019 r., nie podając sygnatury orzeczenia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów

ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 29 marca 2019 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 1 kwietnia 2019 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, ofertę wykonawcy PLL LOT, wezwanie Zamawiającego skierowane do wykonawcy PLL LOT z dnia 4 marca 2019 r. oraz wyjaśnienia rażąco niskiej ceny PLL LOT z dnia 11 marca 2019 r. wraz z załącznikiem. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 10 kwietnia 2019 r.

Nadto Izba dopuściła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego w toku rozprawy.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału sprawy pism Odwołującego i PLL LOT z dnia 12 kwietnia 2019 r. z uwagi na okoliczność, iż ww. pisma wpłynęły do Krajowej Izby Odwoławczej po zamknięciu rozprawy w niniejszej sprawie (10 kwietnia 2019 r.).

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale XIII ust. 1 SIWZ pn. Sposób obliczenia ceny, Zamawiający wskazał, iż wykonawca poda w ust. 9 pkt. 9.1. - 9.12. Formularza oferty odpowiednio ceny opłat transakcyjnych, opłat za dokonanie rezerwacji hotelowej, opłat za przeprowadzenie procedury uzyskiwania wizy, z podaniem podatku od towarów i usług (VAT) oraz opustów od ceny przewoźnika dla biletów lotniczych i kolejowych oraz opustów od ceny katalogowej pobytu w hotelu. Wysokość opłat i opustów zaoferowanych przez wykonawcę będzie stała przez okres realizacji przedmiotu zamówienia.

W ust. 3 ww. rozdziału wskazano, iż podana w ofercie cena musi uwzględniać wszystkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej realizacji przedmiotu zamówienia zgodnej z warunkami wynikającymi z SIWZ, w szczególności Opisu Przedmiotu Zamówienia i Istotnych Postanowień Umowy. Podane w ust. 9 pkt. 9.1. - 9.12. Formularza oferty ceny opłat transakcyjnych, opłat za dokonanie rezerwacji hotelowej, opłata za przeprowadzenie procedury uzyskiwania wizy oraz opusty służą do porównania oceny

złożonych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Wartość umów podpisanych z wykonawcą wynikać będzie z wysokości środków przeznaczonych przez Zamawiającego na realizację zamówienia, których wysokość Zamawiający poda podczas publicznej sesji otwarcia ofert (ust. 4 rozdziału XIII).

Zgodnie z § 4 ust. 8 załącznika nr 3 – Istotne Postanowienia Umowy, wynagrodzenie przysługujące wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy zależy od ilości i wartości faktycznie wykonanych usług objętych przedmiotem umowy. Z kolei zgodnie z § 2 ust. 4 załącznika nr 3 do SIWZ, rezerwacja, zakup i dostawa biletów, miejsc hotelowych oraz procedur wizowych odbywać się będzie zgodnie z rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego na podstawie zamówień przekazywanych do wykonawcy. Jednocześnie, stosownie natomiast do treści § 4 ust. 10 załącznika nr 3 do SIWZ, Zamawiający zobowiązany jest do zrealizowania co najmniej 50% wartości umowy, o której mowa w § 4 ust. 1.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło dwóch wykonawców.

Wykonawca PLL LOT w punkcie 9 oferty zaoferował następującą wysokość opłat transakcyjnych i opustów:

1. opłata transakcyjna za wystawienie jednego biletu lotniczego na trasie zagranicznej wynosi: 0,01 zł brutto (słownie: jeden grosz);
2. opłata transakcyjna za wystawienie jednego biletu lotniczego na trasie krajowej wynosi: 0,01 zł brutto (słownie: jeden grosz);
3. opłata transakcyjna za wystawienie jednego biletu kolejowego na trasie zagranicznej wynosi: 0,01 zł brutto (słownie: jeden grosz);
4. opłata transakcyjna za wystawienie jednego biletu kolejowego na trasie krajowej wynosi: 0,01 zł brutto (słownie: jeden grosz);
5. opłata za dokonanie zagranicznej rezerwacji hotelowej (1 doba wraz ze śniadaniem lub bez śniadania) wynosi: 0,01 zł (słownie: jeden grosz);
6. opłata za dokonanie krajowej rezerwacji hotelowej (1 doba wraz ze śniadaniem lub bez śniadania) wynosi: 0,01 zł (słownie: jeden grosz);
7. opłata za przeprowadzenie procedury uzyskiwania wizy wynosi: 0,01 zł (słownie: jeden grosz);
8. wysokość opustu od ceny przewoźnika dla biletów lotniczych na trasach krajowych wynosi 15,00% (słownie: piętnaście %);
9. wysokość opustu od ceny przewoźnika dla biletów lotniczych na trasach zagranicznych wynosi 3% (słownie: trzy %);
10. wysokość opustu od ceny przewoźnika dla biletów kolejowych na trasach zagranicznych wynosi 5% (słownie: pięć %);

11. wysokość opustu od ceny przewoźnika dla biletów kolejowych na trasach krajowych wynosi 0,00 % (słownie: zero %);

12. wysokość opustu od ceny katalogowej pobytu we wszystkich hotelach, w których zostaną dokonane rezerwacje jakiego wykonawca udzieli Zamawiającemu przy zakupie pobytu wynosi 10% (słownie: 10 %).

Nadto w punkcie 18 oferty wykonawca PLL LOT wskazał, iż rezerwacja, sprzedaż biletów lotniczych wystawianych na dokumentach obcych przewoźników, rezerwacja i sprzedaż miejsc hotelowych, pośrednictwo wizowe, polisy ubezpieczeniowe, obsługa narzędzia online będzie realizowana przez podwykonawcę, tj. LOT Travel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Pismem z dnia 4 marca 2019 r. Zamawiający wezwał PLL LOT w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, iż zaoferowane przez ww. wykonawcę opłaty transakcyjne w wysokości 1 grosza oraz upusty od ceny biletów lotniczych i kolejowych budziły wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Z uwagi na powyższe Zamawiający zwrócił się do ww. wykonawcy o przedstawienie:

1. szczegółowego, merytorycznego wyjaśnienia potwierdzającego, że istotne części składowe wpływające na cenę lub koszt złożonej oferty nie są rażąco niskie, w szczególności przedstawienia czynników mających wpływ na zaoferowaną cenę,

2. dowodów potwierdzających wyjaśnienia wykonawcy,

3. kalkulacji ceny wskazanych we wstępie części składowych oferty, w szczególności w zakresie:

a) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3 – 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679 ze zm.),

b) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,

c) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,

d) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska,

e) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W ww. piśmie Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia muszą potwierdzać, że wykonawca jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia oraz to, że opłata transakcyjna w wysokości 1 grosza brutto uwzględnia wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu

zamówienia, o którym mowa w rozdziale VI, załączniku nr 1 opis przedmiotu zamówienia, rozdziale XIII SIWZ oraz w istotnych postanowieniach umowy – załącznik nr 2 do SIWZ, a w szczególności:

1. koszt biletów lotniczych w szczególności; koszt rezerwacji i wystawienia biletu, jego dostawę, monity o zbliżających się terminach wykupu biletów, oferowanie różnych wariantów połączeń, zorganizowanie i zabezpieczenie kompleksowej realizacji przedmiotu umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami lokalnymi krajów docelowych, koszty powtórzenia, zmiany rezerwacji, zwrotu oraz wymiany biletu, obsługi odwołań, reklamacji, odprawy i wszelkich interwencji związanych z obsługą podróży lotniczej jak i wszystkich innych elementów cenotwórczych związanych z należyтым i zgodnym z SIWZ wraz z załącznikami do niej wykonaniem przedmiotu zamówienia;
2. koszt biletów kolejowych w szczególności; koszt rezerwacji i wystawienia biletu, jego dostawę, monity o zbliżających się terminach wykupu biletów, oferowanie różnych wariantów połączeń, zorganizowanie i zabezpieczenie kompleksowej realizacji przedmiotu umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami lokalnymi krajów docelowych, koszty powtórzenia, zmiany rezerwacji, zwrotu oraz wymiany biletu, obsługi odwołań, reklamacji i wszelkich interwencji związanych z obsługą podróży jak i wszystkich innych elementów cenotwórczych związanych z należyтым i zgodnym z SIWZ wraz z załącznikami do niej wykonaniem przedmiotu zamówienia;
3. koszt procedury wizowania w szczególności: skompletowanie i odbiór dokumentacji niezbędnej do wszczęcia procedury uzyskania wizy, złożenia w odpowiedniej placówce dyplomatycznej wymaganych dokumentów, dostarczenie dokumentów wizowych do miejsca i w terminie wskazanym przez Jednostkę oraz wszelkie inne koszty związane z należyтым i zgodnym ze SIWZ wykonaniem przedmiotu zamówienia;
4. koszt rezerwacji hotelowych w szczególności: koszt rezerwacji i zakupu miejsca noclegowego, koszty powtórzenia i zmiany rezerwacji, reklamacji oraz wszelkich dodatkowych opłat jak: kaucje, taksy zabezpieczające, opłaty klimatyczne i wszelkie inne koszty związane z należyтым i zgodnym ze SIWZ wykonaniem przedmiotu zamówienia;
5. koszty zatrudnienia pracowników, w tym wynagrodzenia pracowników z uwzględnieniem kosztów poniesionych przez wykonawcę;
6. koszty opłat i podatków jakie wykonawca jest zobowiązany ponieść;
7. zysk wykonawcy.

Nadto w ww. piśmie Zamawiający pouczył wykonawcę, iż wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą być zrealizowane tylko przez ogólne i niepoparte dowodami oświadczenia wykonawcy, iż cena nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia wykonawcy muszą dotyczyć elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny oraz winny

wskazywać elementy cenotwórcze np. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, rabaty, wynagrodzenia pracowników, koszty podwykonawców, koszty stałe jak energia, koszty zarządzania, koszty ubezpieczenia oraz zysk wykonawcy. Wykonawca zobowiązany jest do szczegółowego wyjaśnienia, tj. przedstawienia powyższych składników ceny oferty i wykazania, które jej elementy w taki czy inny sposób skalkulowano, które z nich podlegały obniżeniu, i jaka była ku temu przyczyna, która jednocześnie miała wpływ na to, że wykonawca zaoferował znacznie niższą cenę. Nadto Zamawiający wskazał, iż niekonkretne i ogólnikowe wyjaśnienia, potraktuje jako niezłożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co z kolei będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 11 marca 2019 r. – odtajnionym podczas rozprawy przed Izbą w dniu 10 kwietnia 2019 r. i doręczonym Odwołującemu – PLL LOT wyjaśnił, że kalkulacja kosztów usług pod kątem możliwości wykonania zamówienia oraz możliwości pozyskania oszczędności, wykonana została w oparciu o dane dotyczące usług, wykazane w załączniku nr 1 do SIWZ w przedmiotowym postępowaniu oraz z uwzględnieniem szczegółowej analizy historycznych wyników obecnie realizowanej umowy, jaką LOT posiada z JAP. Zbadane zostały ilości i wartości usług realizowanych w ramach podróży służbowych pracowników JAP oraz struktura sprzedaży poszczególnych usług i ich udział w ogólnej wartości zamówienia. Następnie na podstawie struktury wpływów oraz ponoszonych kosztów, wyliczone zostały proporcjonalnie wpływy i koszty dla wykonania ilości usług wskazanych w SIWZ.

Wykonawca wskazał, iż zgodnie z wykonaną analizą i kalkulacją, w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia w zakresie sprzedaży wskazanych usług, LOT uzyskałby następujące wpływy/oszczędności z tytułu:

- prowizji od obcych przewoźników,
 - obniżenia kosztów systemów rezerwacyjnych (GDS) wynikających z bezpośredniej obsługi umowy przez LOT w zakresie sprzedaży biletów lotniczych,
 - braku prowizji dodatkowej wypłacanej przez LOT pośrednikowi – agentowi z tytułu sprzedaży biletów lotniczych,
 - prowizji hotelowych,
 - wpływów z opłaty transakcyjnej,
- w sumie 2 737 882,46 zł.

Koszty wykonania wszystkich usług objętych przedmiotowym zamówieniem uwzględniają:

- koszty operacyjne, związane z realizacją zamówienia, w tym koszty pracowników/media/narzędzia/lokal,

- koszt zaoferowanego upustu od cen biletów lotniczych,
- koszt zaoferowanego upustu od cen biletów kolejowych,
- koszt upustu od cen hotelowych,
- koszt pośrednictwa wizowego,

w sumie ok. 2 607 820 zł.

Tym samym LOT wykonując przedmiotowe zamówienie w pełnym zakresie wskazanych usług oraz ich ilości, pokrywając wszystkie niezbędne koszty, uzyskuje nadwyżkę wpływów nad kosztami w kwocie 130 062,46 zł. Ponadto wykonawca podkreślił, że LOT jako przewoźnik lotniczy, uczestnicząc w ww. postępowaniu ma inne warunki bazowe od innych podmiotów pośredniczących w sprzedaży biletów lotniczych (tzw. Agentów). Głównym wpływem z prowadzonej działalności w zakresie sprzedaży biletów lotniczych nie są opłaty za wykonanie transakcji, a środki pozyskane z tytułu możliwości bezpośredniej obsługi, stanowiące znaczące oszczędności ze źródeł wskazanych powyżej, pozwalające na częściowe ich przeznaczenie na wykonanie umowy i rzetelną realizację kompleksowej obsługi podróży służbowych. Jednocześnie wykonawca przedstawił kalkulację kosztów i wpływów/oszczędności z tytułu wykonania przedmiotowej umowy.

Ponadto LOT wskazał, iż z uwagi na dane zawarte w załącznikach do wyjaśnienia, stanowiące tajemnicę handlową, nie powinny być one udostępnione innym wykonawcom oraz wniósł o ich objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 18 marca 2019 r. za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę wykonawcy PLL LOT.

Izba zważyła, co następuje:

Za uzasadnione Izba uznała zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PLL LOT z uwagi na okoliczność, iż ww. wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847);
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska oraz
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Z kolei w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp). Analiza ww. przepisu prowadzi do wniosku, iż brak jest po stronie zamawiającego automatycznego obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, gdy zostanie spełniony jeden z mierników, o którym mowa w ww. przepisie. Zatem ocena zasadności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących budowy ceny oferty winna być dokonywana *ad casum*, bowiem w okolicznościach danej sprawy zamawiający może nie skorzystać z wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, o ile rozbieżność między ceną oferty a ubruttowioną wartością szacunkową zamówienia lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. W tym miejscu podkreślić należy, iż odstąpienie przez zamawiającego od wezwania wykonawcy w ww. trybie winno mieć charakter wyjątkowy i nie może być interpretowane w sposób rozszerzający.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Ponadto stosownie do treści art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, 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.

Zgodnie z utrwalonym już w orzecznictwie Izby poglądem, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości

wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona (por. wyrok KIO z dnia 2 lutego 2016 r. sygn. akt: KIO 66/16).

Nadto wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (por. KIO w wyroku z dnia 19 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 722/16).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy zauważyć należy, iż Zamawiający wystosował do wykonawcy PLL LOT wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ zaoferowane przez ww. wykonawcę opłaty transakcyjne w wysokości 1 gr oraz upusty od ceny biletów lotniczych i kolejowych budziły wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Tym samym za nieprzekonujące Izba uznała stanowisko Zamawiającego prezentowane w toku rozprawy, jakoby Zamawiający wezwał PLL LOT do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny jedynie z ostrożności procesowej. Powyższemu przeczy jednoznacznie treść wezwania z 4 marca 2019 r. skierowanego do ww. wykonawcy.

Dalej Izba wskazuje, iż treść wezwania z 4 marca 2019 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny była obszerna, konkretna i jednoznacznie wskazywała wykonawcy PLL LOT, które elementy ceny oferty i w jakim zakresie winny zostać wyjaśnione Zamawiającemu, jak również poparte dowodami.

Zdaniem Izby analiza treści wyjaśnień PLL LOT z 11 marca 2019 r. w zakresie ceny oferty nie pozwala na ich pozytywną ocenę w kontekście braku podstaw do odrzucenia oferty ww. wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego Izby rozpoznającego niniejszą sprawę analiza złożonych przez PLL LOT wyjaśnień z 11 marca 2019 r. prowadzi do wniosku, iż ww. wykonawca nie wykazał, że zaoferowane przez niego ceny za poszczególne usługi nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, iż wyjaśnienia PLL LOT w zakresie ceny rażąco niskiej nie odnosiły się do wszystkich aspektów oczekiwanych przez Zamawiającego i wyartykułowanych w wezwaniu z dnia 4 marca 2019 r. Złożonych przez PLL LOT wyjaśnień z 11 marca 2019 r. nie można w ocenie Izby uznać za wyczerpujące, wszechstronne i czyniące zadość wezwaniu Zamawiającego. Złożone wyjaśnienia nie potwierdzały bowiem, że opłaty transakcyjne za poszczególne usługi zawierały wszystkie niezbędne koszty realizacji zamówienia ujęte

w SIWZ (załącznik nr 1), przez co nie można uznać, że ww. wykonawca sprostą obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Wykonawca PLL LOT nie ustosunkował się także do wezwania Zamawiającego i nie wykazał jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na zaoferowanie opłat transakcyjnych oraz upustów w wysokościach wskazanych w formularzu ofertowym. Dalej wskazać należy, iż z treści złożonych przez PLL LOT wyjaśnień nie wynika również jakie koszty poniesie ww. wykonawca w związku z zamiarem powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W ocenie Izby wykonawca PLL LOT nie sprostą ciężarowi wykazania zaoferowanych w formularzu ofertowym opłat transakcyjnych, jak i przyjętych wysokości upustów, których wyjaśnienia i poparcia dowodami oczekiwał Zamawiający. Inaczej rzecz biorąc, lektura złożonych przez PLL LOT wyjaśnień ceny oferty wraz z przedstawioną kalkulacją własną wykonawcy nie daje odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób, jakie elementy i w jakiej wysokości składają się na zaoferowaną przez wykonawcę opłatę transakcyjną w wysokości 1 gr za poszczególne usługi objęte przedmiotem zamówienia. Złożone przez PLL LOT wyjaśnienia nie zawierają żadnego wyliczenia matematycznego pozwalającego na jednoznaczne ustalenie elementów składowych opłat transakcyjnych w wysokości 1 gr. Złożone wyjaśnienia wraz z kalkulacją stanowiły swego rodzaju założenia biznesowe wykonawcy PLL LOT, nieodziewierdzające jednak w żadnej mierze sposobu zbudowania cen za poszczególne usługi objęte niniejszym zamówieniem podanych w formularzu ofertowym.

Nadto wskazać należy, iż nie bez znaczenia w okolicznościach niniejszej sprawy pozostaje fakt, iż PLL LOT nie przedstawił Zamawiającemu żadnych dowodów potwierdzających, że zaoferowane przez niego ceny za poszczególne usługi nie są rażąco niskie, do których dostarczenia Zamawiający wezwał wykonawcę. Poza kalkulacją własną, która również zdaniem składu orzekającego Izby rozpoznającego niniejszą sprawę nie odzwierciedla sposobu zbudowania ceny poszczególnych usług, wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających prezentowane stanowisko. Nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja PLL LOT prezentowana w toku rozprawy przed Izbą odnośnie trudności w przekazaniu Zamawiającemu stosownych dowodów z uwagi na ich obszerność, czy też z uwagi na prowadzenie relacji z partnerami w formie elektronicznych deklaracji. Podkreślić należy, iż powyższe okoliczności nie zwalniają wykonawcy z obowiązku wykazania Zamawiającemu, iż zaoferowane ceny za poszczególne usługi są realne, rynkowe i nie prowadzą do realizacji zamówienia poniżej kosztów jego świadczenia zwłaszcza, że budziły one wątpliwości Zamawiającego.

Dodatkowo uwagę zwraca fakt, iż treść wezwania skierowanego do wykonawcy PLL LOT w przedmiocie ceny oferty były obszerniejsza niż treść samych wyjaśnień złożonych przez ww. wykonawcę.

Podsumowując, złożenie przez wykonawcę PLL LOT wyjaśnień niepełnych, opartych na głośownych deklaracjach wykonawcy z uwagi na brak przedstawienia jakichkolwiek dowodów, nie pozwalało na pozytywną ocenę oferty ww. wykonawcy w zakresie braku podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez PLL LOT.

Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 ustawy Pzp). Ww. zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 ww. przepisu, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, określa również moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji zawartych w ofercie, wskazując, iż powinno to nastąpić najpóźniej do upływu terminu składania ofert. W odniesieniu do dokumentów przedstawianych na późniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nich informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu. Podkreślić należy, iż *ratio legis* ww. przepisu, który uprawnia wykonawców do zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa z jednej strony, ale z drugiej nakłada obowiązek w postaci wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia, było ograniczenie nadużywania przez wykonawców ww. instytucji w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów spełniania wymagań postawionych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wynika z przywołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia

informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 2 uokik i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uokik. I tak zgodnie z ww. przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W okolicznościach niniejszej sprawy PLL LOT ograniczył się jedynie do wskazania na pierwszej stronie wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 11 marca 2019 r. „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA PLL LOT SA” wskazując przy tym, że z uwagi na to, iż dane zawarte w załącznikach do niniejszego wyjaśniania, stanowią tajemnicę handlową, nie powinny być one udostępnione innym wykonawcom. Jednocześnie wykonawca wniósł o ich objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa.

Z powyższego w ocenie Izby jednoznacznie wynika, że wykonawca PLL LOT nie przedstawił żadnego uzasadnienia dla objęcia wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 11 marca 2019 r. tajemnicą przedsiębiorstwa, a w konsekwencji nie wykazał żadnej przesłanki z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym omawiany wyżej zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Za niezasadny Izba uznała natomiast zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 uokik poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PLL LOT, której złożenie, w świetle przedstawionych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku. Nie zasługiwał na uwzględnienie, w ocenie składu orzekającego Izby, także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ust. 3 uokik poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PLL LOT, która jest przejawem nadużywania pozycji dominującej, a więc w całości lub w części jest nieważna oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PLL LOT pomimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na inżynierii cenowej poprzez

oparcie finansowania zamówienia na pozycjach wyceny, które przyniosą zysk z uwagi na posiadaną pozycję monopolisty.

Izba odniesie się do ww. zarzutów łącznie z uwagi na ścisły związek między ww. zarzutami, jak również wzajemne pokrywanie się zakresu ochrony regulacji wynikających z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei w świetle art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, jeśli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie natomiast z art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei stosownie do treści art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Z powyższego wynika zatem, że aby można było mówić o czynie nieuczciwej konkurencji stypizowanym w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji łącznie muszą zostać spełnione dwie przesłanki, tj. po pierwsze, dany podmiot musi utrudniać inny przedsiębiorcom dostęp do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu oraz po drugie, sprzedaż ta musi mieć na celu eliminację innych przedsiębiorców. Tym samym dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, nie wystarczy stwierdzenie, iż dany podmiot sprzedaje towary lub usługi poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, czy też je odsprzedaje poniżej kosztów zakupu.

Dalej wskazać należy, iż zgodnie z art. 9 ust. 1 uokik, zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Ust. 2 ww. przepisu zawiera katalog otwarty okoliczności uznanych przez ustawodawcę za nadużywanie pozycji dominującej. I tak w ww. przepisie ustawodawca jako przykład nadużywania pozycji dominującej podaje: 1) bezpośrednio lub pośrednio narzucanie nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów; 2) ograniczenie produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów; 3) stosowanie w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji; 4) uzależnianie zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani

zwyczajowego związku z przedmiotem umowy; 5) przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji; 6) narzucanie przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści; 7) podział rynku według kryteriów terytorialnych, asortymentowych lub podmiotowych. Zgodnie natomiast z ust. 3 ww. przepisu, czynności prawne będące przejawem nadużywania pozycji dominującej są w całości lub w odpowiedniej części nieważne.

W okolicznościach niniejszej sprawy należy również zwrócić uwagę na brzmienie art. 4 pkt 9 uokik, zawierającego definicję rynku właściwego. Powyższy przepis stanowi, iż pod ww. pojęciem rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Z kolei zgodnie z pkt 4 art. 4 uokik, pod pojęciem pozycji dominującej rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%.

W świetle ww. przepisów nie ulega zatem wątpliwości, iż samo posiadanie przez jakiegokolwiek przedsiębiorcę pozycji dominującej na danym rynku nie jest zakazane. Dopiero bowiem nadużywanie pozycji dominującej przez przedsiębiorców uznać należy za niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Powyższe zarzuty w ocenie Izby nie zostały przez Odwołującego wykazane w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości. Zarówno analiza treści odwołania skupiająca się w zasadniczej mierze na rozważaniach prawnych dotyczących zagadnienia nadużywania pozycji dominującej, jak również czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, jak i dowody złożone przez Odwołującego podczas rozprawy na poparcie prezentowanego stanowiska nie były wystarczające dla jednoznacznego stwierdzenia, że wykonawca PLL LOT nadużywa pozycji dominującej na rynku krajowych przewozów lotniczych oraz że działanie PLL LOT polegające na oferowaniu wysokiego upustu na bilety lotnicze na rynku krajowym stanowi jednocześnie czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa powyżej.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, iż wykonawca PLL LOT jako przedsiębiorca dominujący na rynku przewozów krajowych nadużywa posiadaną pozycję poprzez oferowanie wysokiego upustu (15%) na bilety lotnicze na trasach krajowych. Nie można bowiem w ocenie Izby wykluczyć, iż zaoferowane przez PLL LOT w niniejszym postępowaniu wysokości opłat transakcyjnych jak i upustów stanowią wyraz ekonomicznie uzasadnionego, rynkowego

działania wykonawcy. Zauważyć bowiem należy, iż podmioty uczestniczące w niniejszym postępowaniu różnią się specyfiką, która w istotny sposób wpływa na możliwości kalkulacyjne cen ofert, w tym oferowanych opłat transakcyjnych i upustów. Za przekonujące Izba uznała bowiem wyjaśnienia PLL LOT w zakresie odmiennego od stosowanego przez Odwołującego sposobu kalkulacji ceny oferty wynikającego z agencyjnego sposobu kalkulowania kosztów wykonania usługi sprzedaży biletów lotniczych. Jak bowiem wskazywał PLL LOT różnice w ww. zakresie wynikają głównie z faktu, iż w odróżnieniu od agenta, którego głównym źródłem wpływów w zakresie sprzedaży biletów lotniczych jest opłata za wystawienie biletu lotniczego oraz prowizja od linii lotniczej, przewoźnik lotniczy generuje zysk w oparciu o wpływy z tytułu zastosowanych taryf lotniczych, które stanowią główny element ceny biletu lotniczego. Przewoźnik lotniczy kalkuluje zatem znaczną część kosztów z tytułu wykonania usługi sprzedaży biletów lotniczych bezpośrednio w taryfie lotniczej, natomiast pozostałą, mniejszą część kosztów, mających charakter stały, odzwierciedla opłata transakcyjna. Nadto sprzedaż biletów przez tzw. kanały własne pozwala przewoźnikowi lotniczemu na wyeliminowanie kosztów związanych z prowizją oraz kosztów systemów rezerwacyjnych, które musiałby ponieść w przypadku sprzedaży biletów lotniczych za pośrednictwem agenta.

Dalej wskazać również należy, iż Odwołujący nie wykazał i nie udowodnił, by wysokość oferowanych przez PLL LOT upustów uniemożliwiała wykonawcy rozwój, funkcjonowanie na rynku, czy też by działania PLL LOT miały na celu wyeliminowanie Odwołującego z rynku. Okoliczność, iż w tym konkretnym postępowaniu wykonawca PLL LOT zaoferował wyższy upust za przeloty krajowe niż Odwołujący nie przesądza sama w sobie o nadużywaniu przez PLL LOT pozycji dominującej, czy też nie potwierdza inżynierii cenowej stosowanej przez ww. wykonawcę mającej na celu wyeliminowanie Odwołującego z rynku.

Innymi słowy w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że zaoferowany przez PLL LOT upust na bilety lotnicze krajowe był oderwany od realiów rynkowych i indywidualnych właściwości PLL LOT oraz wynikał z posiadanej przez PLL LOT pozycji na rynku przewoźników krajowych.

Tym samym nie sposób stwierdzić, iż w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty PLL LOT na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uokik i art. 15 ust. 1 pkt 1 uokik, czy też na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ust. 3 uokik.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp polegający na nieujęciu przez PLL LOT wszystkich składników ceny lub kosztu w złożonej ofercie, co miały potwierdzać wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w ocenie Izby, nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odwołujący ww. zarzut oparł na tych samych przesłankach co zarzut drugi i trzeci

odwołania, tj. z uwagi na brak uwzględnienia wszystkich kosztów w poszczególnych pozycjach cenowych oferty wykonawcy PLL LOT.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Izba wskazuje, iż przedmiotowy zarzut jest zbyt daleko idący, bowiem z treści złożonych przez PLL LOT wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie sposób wywieść jednoznacznie twierdzenia sformułowanego przez Odwołującego. Zdaniem składu orzekającego Izby z samego faktu złożenia przez wykonawcę ogólnikowych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, nie sposób wywieść jeszcze, że wykonawca nie ujął podczas kalkulacji ceny oferty wszystkich jej składników. Wskazać bowiem należy, iż okoliczność, że wykonawca nie złożył Zamawiającemu wyczerpujących, wszechstronnych wyjaśnień dotyczących budowy ceny oferty, popartych dowodami, skutkuje negatywnymi konsekwencjami dla wykonawcy, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 3 ustawy Pzp i nie stanowi *a priori* błędu w obliczeniu ceny oferty. Izba wskazuje, że w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący nie wykazał, że wykonawca PLL LOT podczas kalkulacji ceny oferty popełnił błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, które winny obligować Zamawiającego do odrzucenia oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, w szczególności nie wskazał, na czym owe błędy miały polegać, wywodząc je niejako automatycznie z treści, nieznanych zresztą Odwołującemu na moment złożenia odwołania z uwagi na objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa, wyjaśnień rażąco niskiej ceny PLL LOT z 11 marca 2019 r.

W świetle powyższego ww. zarzut nie został przez skład orzekający Izby uwzględniony.

Nie zasługiwał na uwzględnienie również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PLL LOT, która jest niezgodna z ustawą, gdyż wykonawca PLL LOT złożył dwie oferty.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. Z kolei stosownie do treści art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może złożyć jedną ofertę, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 83 ust. 1 zdanie drugie. Art. 83 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp odnosi się do złożenia oferty wariantowej. Nadto wskazać należy, iż w świetle art. 66 § 1 Kc, oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.

W rozpoznawanej przez Izbę sprawie nie była sporna między Stronami postępowania odwoławczego okoliczność, iż wykonawca PLL LOT przesłał na Platformę Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert dwa pliki, różnie zatytułowane, zawierające treść formularza ofertowego. Bezsporna między Stronami była również okoliczność, iż treść obu formularzy ofertowych złożonych przez PLL LOT była taka sama, a jedyna różnica, którą

dostrzegając Odwołujący w złożonych przez PLL LOT ofertach sprowadzała się do odmiennego nazwania plików zawierających formularz ofertowy. Nadto Odwołujący wskazywał, iż okoliczność złożenia przez PLL LOT dwóch odrębnych ofert potwierdzało załączenie do każdej z nich pełnomocnictwa.

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy nie zostało wykazane, ażeby PLL LOT złożył dwie różne oferty, tj. różne oświadczenia woli. Z samego bowiem faktu przesłania Zamawiającemu dwóch plików o różnych nazwach zawierających formularz ofertowy nie można jeszcze zdaniem składu orzekającego Izby wywieść, iż wykonawca PLL LOT złożył Zamawiającemu dwie oferty w rozumieniu art. 66 § 1 Kc. Należało bowiem dokonać analizy porównawczej obu plików przekazanych Zamawiającemu, a ta prowadziła do konstatacji, iż treść złożonych oświadczeń woli była taka sama, na co zresztą wskazywał w odwołaniu sam Odwołujący. Stanowiska Odwołującego, zdaniem Izby, nie potwierdza również okoliczność, iż do każdego formularza ofertowego wykonawca PLL LOT załączył stosowne pełnomocnictwo.

Z uwagi na powyższe ww. zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PLL LOT, mimo że wykonawca PLL LOT nie sporządził oferty w postaci elektronicznej i nie złożył oryginału oferty a jedynie jej kopię potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Odwołujący ww. zarzut wywodził z dwóch okoliczności, tj. po pierwsze, wskazał, że na ofercie złożono widoczne podpisy pełnomocnika wykonawcy PLL LOT, co świadczy o przygotowaniu oferty najpierw w formie pisemnej, a po drugie podniósł, iż wykonawca PLL LOT w ten sposób, to jest poprzez zeskanowanie dokumentu sporządzonego w formie pisemnej, a następnie opatrzenie go podpisem kwalifikowanym dokonuje potwierdzenia za zgodność z oryginałem w postępowaniu, czemu dał wyraz składając np. dokumenty na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, odpowiednio jeżeli jest niezgodna z ustawą, jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz gdy jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Stosownie do treści art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Nie budzi więc wątpliwości, iż w stanie prawnym znajdującym zastosowanie w rozpoznawanej sprawie, oferta powinna być sporządzona

w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym i złożona przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zaś niedochowanie tego wymogu skutkuje jej nieważnością.

W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na brzmienie § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1320). Z ww. przepisu wynika, że jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia. Zgodnie zaś z ust. 2 ww. przepisu, w przypadku przekazywania przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę albo odpowiednio przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy, albo przez podwykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem. Skład orzekający Izby podziela pogląd wyrażony m.in. w wyroku z dnia 29 marca 2019 r. sygn. akt: KIO 428/19, iż § 5 ww. rozporządzenia nie znajduje zastosowania w odniesieniu do oferty, jako że odnosi się do dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie dodać należy, iż ww. przepis miał na celu umożliwienie wykonawcom złożenia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej także oświadczeń lub dokumentów, które nie zostały lub nie mogą zostać sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, jak chociażby referencje.

W ocenie Izby w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, oferta wykonawcy PLL LOT została sporządzona zgodnie z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp i SIWZ, a zatem brak było podstaw do jej odrzucenia. Izba wskazuje, iż w niniejszej sprawie nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, jakoby wykonawca PLL LOT sporządził ofertę najpierw w formie pisemnej poprzez wydrukowanie uzupełnionej oferty oraz opatrzenie każdej strony podpisem, a następnie tak przygotowany oryginał dokumentu podpisał elektronicznie i przekazał Zamawiającemu.

Po przeprowadzeniu analizy oferty złożonej przez PLL LOT wskazać należy, iż na jej ostatniej stronie widnieje kwalifikowany podpis elektroniczny pełnomocnika wykonawcy upoważnionego do złożenia oferty – p. W. W. M. umożliwiającą tym samym jednoznaczną identyfikację ww. osoby. W ocenie Izby okoliczność, iż na każdej stronie oferty wykonawcy PLL LOT widnieje pewien powtarzalny znak graficzny oznacza tylko tyle, że formularz oferty

wykonawcy PLL LOT został przygotowany do podpisu, zaś w takim znaczeniu owego znaku graficznego nie można uznać za podpis. Ponadto wskazać należy, iż z treści oferty ww. wykonawcy nie sposób wywieść, przez kogo formularz oferty został sygnowany, tj. przygotowany do podpisu. Brak jest także pieczęci imiennej, która wskazywałaby na autora złożonego znaku graficznego.

W powyższych okolicznościach nie sposób było zatem zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż wykonawca PLL LOT uprzednio wypełnił, wydrukował, opatrzył własnoręcznym podpisem formularz ofertowy, a następnie poprzez jego zeskanowanie i opatrzenie kwalifikowanym podpisem elektronicznym złożył Zamawiającemu jedynie, skan oferty potwierdzony za zgodność z oryginałem.

Z uwagi na powyższe ww. zarzut nie został uwzględniony przez skład orzekający Izby.

W konsekwencji powyższego nie mógł zostać uwzględniony podniesiony, jako ewentualny, zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PLL LOT z postępowania, który to wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu ani braku podstaw do wykluczenia, a w dalszej kolejności zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentów podmiotowych odnoszących się do wykonawcy PLL LOT.

Jak już wskazano powyżej, z uwagi na to, że § 5 ww. rozporządzenia znajduje zastosowanie do dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to opatrzenie zeskanowanego pliku kwalifikowanym podpisem elektronicznym oznacza, że wykonawca zaświadcza, iż graficzne odwzorowanie danego dokumentu lub oświadczenia w kopii elektronicznej jest tożsame z posiadany przez niego dokumentem lub oświadczeniem w wersji papierowej, potwierdzając tym samym podpisem kwalifikowanym zgodność kopii z oryginałem.

Z uwagi na powyższe złożone przez wykonawcę PLL LOT dokumenty i oświadczenia, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, uprzednio zeskanowane i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez pełnomocnika wykonawcy, złożone zostały w przewidzianej przepisami prawa formie.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie

art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 18 600 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....