

WYROK
z dnia 12 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2014 r. przez Odwołującego – First Class S.A. z siedzibą w Warszawie (00-124), przy Al. Jana Pawła II 12, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Centrum Usług Wspólnych, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa, przy udziale wykonawcy – Netmedia Business Travel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-625), przy ul. Woronicza 15 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – First Class S.A. z siedzibą w Warszawie (00-124), przy Al. Jana Pawła II 12 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – First Class S.A. z siedzibą w Warszawie (00-124), przy Al. Jana Pawła II 12 tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego – First Class S.A. z siedzibą w Warszawie (00-124), przy Al. Jana Pawła II 12 na rzecz Zamawiającego – Centrum Usług Wspólnych, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Usług Wspólnych, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup biletów lotniczych, kolejowych oraz rezerwacji i sprzedaży miejsc hotelowych dla Jednostek Administracji Państwowej (znak sprawy: 2014/3), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 czerwca 2014 r., pod nr 2014/S 121-215720.

W dniu 19 sierpnia 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o odrzuceniu oferty First Class S.A. z siedzibą w Warszawie (00-124), przy Al. Jana Pawła II 12 oraz wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawcę Netmedia Business Travel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-625), przy ul. Woronicza 15 (dalej: Wykonawca NBT).

Powyższe czynności (w tym badanie i ocena ofert ww. wykonawców) zaskarżone zostały odwołaniem wniesionym przez First Class S.A. (dalej: „Odwołujący”), w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo braku zaistnienia przesłanek wynikających z art. 82 ust 1 Pzp, na które w swej decyzji powołał się Zamawiający,
2. przepisu art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób stanowiący rażące naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w szczególności przez:
 - 2.1. zwrócenie się wyłącznie do Odwołującego z wnioskiem o złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w zakresie skonkretyzowanych danych dotyczących linii lotniczych (przewoźników), co stanowiło *de facto* próbę zmiany oraz zaostżenia warunków zamówienia w trakcie Postępowania jedynie w stosunku do Odwołującego,
 - 2.2. uznanie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień za nową ofertę, pomimo że stanowiły one wyłącznie wypełnienie żądań Zamawiającego zawartych w wezwaniu i zostały przedłożone jako oświadczenie wiedzy w celach informacyjnych,

2.3. zaniechanie skierowania złożenia powyższego wniosku do pozostałych wykonawców,

3. przepisu art. 38 ust. 4 Pzp (stanowiącego konsekwencję naruszenia opisanego wyżej, w pkt 2) przez podjęcie próby zmiany dokumentacji Postępowania, tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) po upływie terminu składania ofert, to jest po dniu 18 lipca 2014 r.,
4. z ostrożności procesowej – przepisu art. 84 ust. 2 Pzp, tj. w przypadku uznania wyjaśnień Odwołującego za nową ofertę, nie dokonanie jej zwrotu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił na wstępie, że jest legitymowany do skorzystania ze środka ochrony prawnej, bowiem jest wykonawcą, który – z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego ww. przepisów Pzp – został bezprawnie pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. W konsekwencji doznał uszczerbku (szkody) zarówno w sferze jego praw, jak i interesu gospodarczego, objawiającego się w możliwości utraty dostępu do zamówienia i przewidywanych z tytułu jego realizacji zysków.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wyjaśnił, że przedmiot zamówienia określony został w treści załącznika nr 6 do SIWZ – „Opis przedmiotu zamówienia” (OPZ), z którego to wynikały następujące istotne kryteria:

1. baza danych narzędzia online udostępnionego przez oferentów winna zawierać co najmniej 300 linii lotniczych (przewoźników),
2. baza winna zawierać również ofertę tanich linii lotniczych,
3. linie lotnicze (przewoźnicy) spełniają kryteria Międzynarodowego Stowarzyszenia Transportu Lotniczego,
4. oferowane są narzędzia online (w języku polskim) oraz linia *call center*, dostępne przez całą dobę,
5. oferowane są przeloty krajowe oraz zagraniczne, zarówno w ramach Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG), jak i poza nim,
6. realizacja przedmiotu zamówienia zgodna będzie z przepisami lokalnymi oraz krajów docelowych,

7. bilety wystawiane są w formie elektronicznej, w formie e-biletu generowanego bezpośrednio z systemu rezerwacyjnego.

Co więcej, zgodnie z Rozdziałem VIII SIWZ – „Kryteria i zasady oceny ofert”, wybór najkorzystniejszej oferty nastąpić miał w oparciu o trojaki rodzaj kryteria: cenę (85 %), wysokość upustu (10%) i zasobność narzędzia online (5%), przy czym ostatnie z kryteriów odnosiło się do: liczby linii lotniczych na terenie krajów EOG dostępnych w bazie narzędzi online (3%) oraz liczby obiektów hotelowych dostępnych na terenie krajów EOG w bazie danych narzędzia online (2%).

Odwołujący podkreślił, że złożył ofertę spełniającą kryteria oraz warunki udziału w Postępowaniu ujawnione w SIWZ. Tym niemniej, w dniu 31 lipca 2014 r., Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, wystosował wyłącznie do Odwołującego pismo wzywające do złożenia wyjaśnień w sprawie liczby dostępnych linii lotniczych w bazie oferowanego narzędzia online z terminem udzielenia przez Odwołującego odpowiedzi (faksem) do dnia 4 sierpnia 2014 r. W szczególności Zamawiający zawniósł o „[...]zweryfikowanie wskazanej w ofercie liczby linii lotniczych operujących na terenie EOG[...]” z wyłączeniem linii, których dotyczą następujące kryteria:

1. nie latających do krajów EOG,
2. które zbankrutowały lub zawiesiły działalność, bądź też zostały przejęte przez inne podmioty i nie funkcjonujące już jako samodzielne byty prawne, a nadal figuruje na ogólnych listach dostępnych linii,
3. nie będących *de facto* liniami lotniczymi, a w rzeczywistości przewoźnikami kolejowymi czy autobusowymi dystrybuującymi swoją ofertę razem z faktycznymi liniami lotniczymi w Global Distribution Systems (GDS) i figurującymi na listach dostawców GDS,
4. zdublowanych z różnych źródeł,
5. nieoferujących pasażerskich lotów z możliwością wykupu miejsc (np. linie cargo, linie czarterowe bez otwartej sprzedaży miejsc itd.).

Zamawiający w ww. piśmie jednoznacznie wskazał, iż jego wątpliwości wynikają z informacji powziętych od innych wykonawców, co w sposób nie budzący wątpliwości wskazuje, iż pozostawał z innymi wykonawcami (bądź innym wykonawcą) w relacjach, które nie powinny mieć miejsca w toku Postępowania.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 4 sierpnia 2014 r., Odwołujący przekazał w celach poglądowych informacje żądane przez Zamawiającego oraz wyraził nadzieję, iż wezwanie do wyjaśnień nie ma na celu zmianę warunków SIWZ poprzez

ich doprecyzowanie. Przedstawił rozbudowaną względem złożonej oferty i zgodną z żądaniem Zamawiającego informację nt. liczby linii lotniczych, która uwzględniała dodatkowe kryteria wskazane w piśmie Zamawiającego, jako 367, niemniej dla Odwołującego było oczywistym, że liczba ta objęta jest wskazaną w ofercie liczbą 525. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, iż wskazana przez niego pierwotnie liczba aktywnych linii lotniczych (przewoźników) określona została w dobrej wierze oraz zgodnie z SIWZ.

Pomimo uczynienia zadość wezwaniu Zamawiającego i spełnianiu wymagań SIWZ Odwołujący został wyeliminowany z udziału w Postępowaniu poprzez odrzucenie jego oferty z uwagi na niedozwoloną zmianę treści uprzednio złożonej oferty i de facto złożenie nowej oferty, co jest kwestionowane we wniesionym odwołaniu.

Na uzasadnienie zarzutu naruszenia przepisu art. 38 ust. 4 Pzp Odwołujący wskazał, że Zamawiający podjął próbę zmiany treści SIWZ po dacie otwarcia ofert i tylko w stosunku do Odwołującego, o czym świadczy treść jego pisma z dnia 31 lipca 2014 r. Zwrócił uwagę, że z powołanego przepisu wynika możliwość dokonywania modyfikacji SIWZ jedynie w uzasadnionych przypadkach i przed upływem terminu składania ofert, a nadto z obowiązkiem niezwłocznego przekazania dokonanej zmiany wszystkim wykonawcom. Tymczasem w powołanej korespondencji Zamawiający ustanowił nowe kryteria oceny ofert, bowiem SIWZ nie wskazywała na dodatkowe warunki (przymioty), jakimi powinny charakteryzować linie lotnicze (przewoźników).

W zakresie pierwszego z wymienionych kryteriów dodatkowych Odwołujący wyjaśnił, że pozostaje ono w sprzeczności z SIWZ, która przewidywała udzielenie zamówienia również w odniesieniu do lotów poza obszarem EOG. Jak bowiem wskazano bowiem w treści pkt 2 OPZ, w ramach przedmiotu zamówienia przewidziano zakup 3432 sztuk biletów lotniczych na trasach zagranicznych poza obrębem krajów EOG, a więc takie połączenia mogłyby – zdaniem Odwołującego – z całą pewnością być realizowane również przez podmioty nie latające bezpośrednio do krajów EOG (loty łączone). Odwołujący zasygnalizował ponadto, że nawet po zastosowaniu kryteriów z zapytania Zamawiającego z dnia 31 lipca 2014 r. nadal spełniał warunki wskazane w SIWZ – to jest oferował minimum 300 linii, a jego oferta pozostawała najkorzystniejszą.

Odwołujący zasygnalizował, że postanowienia SIWZ wielokrotnie odwoływały się do końcowych wykonawców zamówienia poprzez wskazanie na linie lotnicze z towarzyszącym mu w nawiasie dookreśleniem „przewoźnik”. W ocenie Odwołującego oznacza to, że Zamawiający świadomie zakładał oraz dopuszczał, że nie wszystkie podmioty będą liniami lotniczymi w rozumieniu określonym w piśmie z dnia 31 lipca 2014 r. W przeciwnym wypadku ograniczyłby się do sformułowania „linie lotnicze”, bez żadnego dookreślenia. Dlatego też,

w opinii Odwołującego, nie było racjonalne późniejsze zawężanie przez Zamawiającego kryteriów do wyłącznie linii lotniczych w ścisłym tego słowa znaczeniu, skoro uprzednio wyraźnie dopuścił również sytuację odmienną.

W konsekwencji, opisana powyżej zmiana SIWZ nastąpiła po terminie ustawowo przewidzianym do ewentualnego jej dokonania, w sposób niezgodny z przepisami Pzp oraz bez powiadomienia wszystkich wykonawców o modyfikacjach treści SIWZ, jak również z pominięciem obowiązku publikacji w przewidzianym prawem trybie z jednoczesną zmianą treści ogłoszenia o zamówieniu. Takie zachowanie winno być również – zdaniem Odwołującego – kwalifikowane jako sprzeczne z zasadami współzycia społecznego oraz nasuwające obawy co do konkurencyjności Postępowania.

Odwołujący zakwestionował również możliwość ponoszenia konsekwencji upadku jednej z linii lotniczych, czy zaprzestania jej funkcjonowania z innych przyczyn, skoro jego oferta sporządzona została w dobrej wierze i z uwzględnieniem stanu rzeczy obowiązującego na dzień ogłoszenia Postępowania (Zamawiający w SIWZ postawił wymóg określenia liczby linii lotniczych na ten właśnie moment, nie zaś np. na dzień składania ofert). Trudno bowiem, w opinii Odwołującego, zaaprobować stanowisko, w myśl którego, przykładowo, oferta wykonawcy mogła zasadnie podlegać zwróceniu w przypadku gdy na dzień ogłoszenia przetargu dany wykonawca operował w oparciu o liczbę X linii lotniczych, z których liczba Y po upływie terminu do składania ofert zaprzestała działalności, bowiem jest to wiedza wykraczająca poza obiektywną możliwość jej powzięcia przez wykonawcę. Zaakcentował, że w każdym porządku prawnym panuje zasada, iż podmiot nie może ponosić odpowiedzialności za skutki zdarzeń od niego niezależnych, o ile takiej odpowiedzialności na siebie nie przyjmie, czy nie wynika ona z mocy ustawy, zaś okoliczności nieobjęte zawinieniem oraz wolą danej jednostki, każdorazowo kwalifikowane są w doktrynie prawa jako siła wyższa (*vis maior*).

Podobnie, zdaniem Odwołującego, inne kryteria wymienione w piśmie Zamawiającego z dnia 31 lipca 2014 r. nie mogły racjonalnie zostać ujęte w treści oferty Odwołującego, ani również innych wykonawców, skoro Zamawiający nie wskazywał na nie w SIWZ.

Odwołujący przywołał następnie okoliczność dotychczasowej współpracy z Zamawiającym wskazując, że w wyniku poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługę zakupu biletów lotniczych dla Jednostek Administracji Państwowej, prowadzonego w oparciu o SIWZ z dnia 1 sierpnia 2012 r., Zamawiający, w dniu 10 grudnia 2012 r., zawarł z Odwołującym umowę, w ramach której uwzględnił przewoźników nie będących liniami lotniczymi w znaczeniu wykreowanym w piśmie z dnia 31 lipca 2014 r. i w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty. W pkt 15 Rozdziału II

– „Opis przedmiotu zamówienia” wspomnianej SIWZ Zamawiający sformułował analogiczne wymaganie odnośnie linii lotniczych i posługiwał się identycznym, co obecnie, nazewnictwem – linie lotnicze (przewoźnicy). Odwołujący nadmienił, że wykonywał zawartą wówczas z Zamawiającym umowę przez okres niemalże dwóch lat w sposób prawidłowy i nigdy nie spotkał się z jego niezadowoleniem, które to miałyby wynikać z faktu, że oferowane przez Odwołującego narzędzie online, uwzględnia również ofertę przewoźników nie będących liniami lotniczymi. Umowa ta została zawarta przez K.M., obecnego pracownika Wykonawcy NBT, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą. Ponadto Odwołujący dysponuje referencjami potwierdzającymi prawidłowość, fachowość oraz wysoką jakość świadczonych usług, co nie byłoby możliwe, gdyby w ocenie Zamawiającego takie usługi nie były już wówczas spójne z kryteriami określonymi w SIWZ z dnia 1 sierpnia 2012 r. Na potwierdzenie powyższych okoliczności przedłożył wyciąg z umowy zawartej z Zamawiającym w dniu 10 grudnia 2012 r., SIWZ z dnia 2012 r. oraz referencje.

Odwołujący podkreślił również, że jak wynika z przygotowanego przez niego zestawienia (przekrój usług świadczonych uprzednio na rzecz Zamawiającego w okresie od dnia 1 stycznia 2013 r. do dnia 22 sierpnia 2014 r.), ilość linii lotniczych oferowanych przez wykonawców w ramach narzędzia online nie mogła mieć znaczenia decydującego oraz służyła wyłącznie do wyłonienia największych oraz najprężniej działających wykonawców. Co symptomatyczne, w ramach poprzedniego przetargu na zakup biletów lotniczych dla Jednostek Administracji Państwowej Zamawiający również ustanowił kryterium dysponowania przez wykonawców bazą danych narzędzia online, posiadającą co najmniej 300 linii lotniczych (przewoźników). Tymczasem, jak wynika ze wspomnianego zestawienia, we wskazanym okresie kilkunastu miesięcy świadczenia przez Odwołującego usług, Zamawiający korzystał faktycznie jedynie z 53 linii lotniczych, nie zaś z połączeń kilkuset tego rodzaju przewoźników, jak określono w SIWZ. W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że kryterium ilości posiadanych aktywnych przewoźników (linii lotniczych) nie miało charakteru istotnego i służyło wyłącznie do ograniczenia wykonawców do tych z najwyższymi kompetencjami, nie zaś do osiągnięcia możliwie szerokiego wachlarza usług. W tym kontekście cel Zamawiającego został osiągnięty – ofertę złożyły podmioty, których potencjał umożliwia w najlepszy możliwy sposób zrealizować kontrakt, co zresztą zapewniały inne formalne wymogi SIWZ, takie jak wysokość wadium, wysokość gwarancji bankowych i referencje potwierdzające realizację współpracy z firmami o dużych obrotach. Na poparcie tych twierdzeń Odwołujący przedstawił zestawienie linii lotniczych w formie dokumentu MS Excel.

W odniesieniu do podstawy odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na jej rzekomą niezgodność z Pzp stwierdził, że stanowisko Zamawiającego jest nielogiczne w kontekście przepisu art. 84 Pzp. Stanowi on, że wykonawca uprawniony jest do wycofania oferty, bądź jej

zmiany przed terminem składania ofert, zatem, po dniu 18 lipca 2014 r. żadne skuteczne zmiany w treści oferty nie mogą zostać dokonane, zaś pierwotna oferta Odwołującego nie mogła zostać wycofana po upływie terminu składania ofert, z uwagi na związanie jej treścią. Podkreślił, że jedynie do upływu terminu składania ofert możliwa jest, wedle woli wykonawcy, modyfikacja treści oferty, bądź też całkowite jej wycofanie. Dla zachowania równości stron analogiczne uprawnienie przysługuje zamawiającemu względem postanowień SIWZ. Odwołujący zauważył, że przez art. 14 Pzp, zastosowanie znajduje przepis art. 70¹ § 4 K.c., zgodnie z którym organizator (tu: Zamawiający) od chwili udostępnienia warunków, zaś oferent (czyli odpowiednio: Odwołujący i inni wykonawcy biorący udział w Postępowaniu), od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem przetargu, obowiązani są postępować zgodnie z postanowieniami przetargu. Dlatego też, nawet gdyby Odwołujący chciał złożyć nową ofertę po terminie składania ofert, to jest po dniu 18 lipca 2014 r., nie byłoby to możliwe oraz nakazywałoby dokonanie zwrotu takiej oferty w oparciu o przepis art. 84 ust. 2 Pzp. Wówczas w mocy pozostawałaby wyłącznie pierwsza, prawidłowo złożona oferta. Odwołujący zaznaczył, że powołana przez Zamawiającego podstawa odrzucenia jego oferty dotyczy wyłącznie sytuacji, w której do upływu terminu składania ofert wykonawca składa dwie oferty, nie zaś gdy po jego upływie składa drugą ofertę.

Odwołujący zauważył również, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie znajduje również przepis art. 65 § 1 K.c., z którego wynika, że oświadczenia składane przez zamawiającego oraz oferenta winny być interpretowane z uwzględnieniem okoliczności, w jakich zostały złożone, zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje. Trudno, zdaniem Odwołującego, domniemywać na podstawie wskazanych w odwołaniu okoliczności, że pismem z dnia 4 sierpnia 2014 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zamawiającego, zmierzał on do zmiany uprzednio złożonej oferty. Okoliczność, że Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o złożenie szczegółowych wyjaśnień nie oznacza, że odpowiedź Odwołującego na wezwanie stanowić mogła jakkolwiek ofertę, jako że tryb ustalania warunków przetargu został już na tym etapie całkowicie zamknięty, zwłaszcza że po upływie terminu do składania ofert negocjacje pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami są niedopuszczalne. Podkreślił, że ewentualna zmiana treści oferty mogła odbyć się wyłącznie w trybie przewidzianym postanowieniami Rozdziału V SIWZ oraz że w samym wezwaniu z dnia 31 lipca 2014 r. dopuszczono możliwość złożenia wyjaśnień faksem, tymczasem przepis art. 82 ust. 2 Pzp stanowi, że ofertę składa się w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

Niezależnie od argumentów proceduralnych, stanowisko Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, nie znajduje również uzasadnienia ze względów *stricte* racjonalnych oraz pragmatycznych. Skoro bowiem Zamawiający ani w SIWZ, ani również w terminie

przewidzianym do modyfikacji jej postanowień nie określił przedmiotu zamówienia tak szczegółowo, jako to miało miejsce w treści pisma z dnia 31 lipca 2014 r., to w żaden sposób nie może oczekiwać od wykonawców wypełnienia później wprowadzonych kryteriów.

Odwołujący ocenił, że zastosowanie przez Zamawiającego trybu wyjaśnień treści złożonej przez Odwołującego oferty (art. 87 ust. 1 Pzp) było całkowicie nieprawidłowe oraz niespójne z celem tej instytucji. Wyjaśnieniu podlega ta część oferty, która ma charakter wadliwy z uwagi na niejasności, czy inne błędy oraz niedopatrzienia. Zasadniczo więc, w przypadku, gdy takie okoliczności nie zachodzą, zaś oferta jest zrozumiała w kontekście postanowień SIWZ, nie zachodzą przesłanki do zwracania się do wykonawców z wnioskiem o jakiegokolwiek wyjaśnienia. Tym samym, w ramach Postępowania, doszło wyłącznie do błędów materialnych oraz proceduralnych po stronie Zamawiającego, zaś czynności Odwołującego podejmowane były w dobrej wierze oraz *lege artis*.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający błędnie interpretuje i wskazuje, że doszło do złożenia nowego „oświadczenia woli”. Ilość linii z rozbiciem na jej rodzaje i uwzględnienie prośby Zamawiającego, aby określić liczbę linii w oparciu o sprecyzowane na późniejszym (niż ogłoszenie o zamówieniu) etapie kryteria, jest niczym innym jak oświadczeniem wiedzy, a nie woli. Zauważył również, że zgodnie z pkt 11 wzoru formularza oferty stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ wykonawca winien złożyć oświadczenie o ilości aktywnych linii lotniczych (przewoźników) na terenie krajów EOG dostępnych w ramach oferowanego narzędzia online, tak więc oświadczenie w tym zakresie, z uwagi na swoją formę oraz brzmienie, może być kwalifikowane jedynie jako oświadczenie wiedzy, nie zaś jako oświadczenie woli wykonawcy. Zdaniem Odwołującego formularz oferty jednoznacznie różnicuje postanowienia stanowiące ofertę od takich, które stanowią jedynie informację co do konkretnych okoliczności faktycznych, zgodnie z wytycznymi określonymi w SIWZ, o czym świadczy odmienny sposób redakcji jej poszczególnych postanowień (*vide*: strony 28-31 załącznika nr 1 do SIWZ – np. pkt 8-10 zawierają zobowiązanie (oświadczenie woli), a pkt. 11 dotyczący ilości linii, zawiera wyłącznie oświadczenie wiedzy).

Odwołujący stwierdził ponadto, że jeśli Zamawiający powziął informację o ewentualnym sposobie ustalenia liczby linii lotniczych (przewoźników) od podmiotu, który zatrudnia byłego prezesa zarządu Odwołującego, to musiał mieć świadomość, że udzielanie takiej informacji jest, a co najmniej może być czynem nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji, Zamawiający wykluczyć z postępowania Wykonawcę NBT, a nie odrzucić ofertę Odwołującego.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wyjaśnił, że nie składał odwołania wobec czynności wezwania go do złożenia wyjaśnień, gdyż podstawą odwołania mogłaby być sytuacja, w której wykonawca widziałby możliwość poniesienia szkody w związku

z udzieleniem odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Podkreślił, że nie zakładał, że pismo wskazujące na liczbę linii lotniczych spełniających dodatkowe kryteria Zamawiającego zostanie przez niego potraktowane jako zmiana oferty, a tym bardziej jako nowa oferta. Zaznaczył, że zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje od czynności zamawiającego, a za taką uznać należy finalny wynik czynności badania i oceny, nie zaś jednostkowe wezwanie do złożenia wyjaśnień. W dacie 31 lipca 2014 r. Zamawiający nie podjął żadnej czynności w Postępowaniu, a już na pewno nie takiej, w wyniku której interes Odwołującego doznałby uszczerbku. W przekonaniu Odwołującego nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że o naruszeniu przepisu art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp wyrażającego się wezwaniem do złożenia wyjaśnień wyłącznie Odwołującego, dowiedział się on po zapoznaniu z treścią dokumentacji Postępowania, która została mu udostępniona w dniu 25 sierpnia 2014 r.

Konsekwencją przedstawionych powyżej zarzutów jest, zdaniem Odwołującego, fakt rażącego oraz stojącego w sprzeczności z podstawowymi zasadami procedury udzielania zamówień publicznych, nierównego traktowania wykonawców. Stwierdził, że podstawowym celem Pzp jest zapewnienie, aby zamówienie udzielone zostało podmiotowi wyłonionemu w oparciu o kryteria obiektywne, oraz podane do wiadomości wszystkich potencjalnych wykonawców w tym samym terminie oraz trybie. Kluczem do osiągnięcia takiego celu jest niezmiennosc SIWZ. Dlatego też, w przekonaniu Odwołującego, nie sposób uznać za słuszne wystosowanie przez Zamawiającego pisma z dnia 31 lipca 2014 r. wskazującego na dodatkowe, nieuwjęte w SIWZ kryteria odnoszące się do elementów przedmiotu zamówienia. Zamawiający miał prawo skierowania takiego wniosku, ale – po pierwsze – do wszystkich wykonawców, po drugie zaś – wyłącznie w celach informacyjnych.

Odwołujący zasygnalizował również, że Wykonawca NBT wskazał w ofercie liczbę 300 przewoźników (minimalna ilość określona w SIWZ), a więc jest więcej niż prawdopodobnym, iż gdyby nie doszło do zaniechania przez Zamawiającego skierowania do niego wniosku o wyjaśnienia dotyczące linii lotniczych (przewoźników), jego oferta zapewne podlegałaby odrzuceniu ze względu na brak spełnienia warunków SIWZ, a zatem w oparciu o podstawę idącą o wiele dalej, niż w stosunku do sytuacji odnoszącej się do Odwołującego.

Odwołujący podsumował, że w ścisłej korelacji z zarzutem naruszenia art. 7 Pzp pozostaje zarzut naruszenia postanowień ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. z późn. zm.), zwanej dalej „Znk” oraz być może również ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.2007.50.331 z późn. zm.), zwanej dalej „UOKiK”. Zauważył, że w doktrynie prawniczej niemalże zawsze zarzut naruszenia dyrektywy obowiązku równego traktowania wykonawców

rozpatrywany jest w kontekście wyżej przywołanych regulacji prawnych. Przede wszystkim należałoby, jego zdaniem, rozstrzygnąć, czy opisane powyżej zachowanie Zamawiającego nie powinno być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w treści art. 3 Znk, to jest jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie podnosząc, co następuje.

W pierwszeństwie podkreślił, że uczestnikowi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przysługuje każdorazowo środek odwoławczy od wadliwych decyzji zamawiającego. Skoro zatem Odwołujący zakwestionował wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, z uwagi na rzekome dokonanie w ten sposób modyfikacji postanowień SIWZ, to winien tą czynność zakwestionować w drodze środka ochrony prawnej. W odniesieniu do twierdzeń Odwołującego o braku możliwości przewidzenia negatywnych następstw udzielonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień podkreślił, że niewłaściwa antycypacja kwalifikacji czynności dokonanych przez Odwołującego żadną miarą nie usprawiedliwia go w nieskorzystaniu z tego środka we właściwym czasie. Skoro Odwołujący traktował treść wezwania z dnia 31 lipca 2014 r. jako wezwanie do zmiany oferty, to miał do wyboru albo złożyć nową ofertę albo złożyć stosowny środek odwoławczy. Tymczasem, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie tylko odpowiedział na wystosowane do niego wezwanie, ale uczynił to w taki sposób, który doprowadził do niedopuszczalnej przez prawo zamiany treści złożonej uprzednio oferty. Skoro bowiem, zgodnie z wymogami Zamawiającego wyrażonymi w SIWZ, konieczne było złożenie oferty (oświadczenia woli), której przedmiotem była także ilość oferowanych linii lotniczych, to – w opinii Zamawiającego – wydaje się być oczywistym, że w przypadku ostatecznego zaoferowania mniejszej liczby takich linii następuje zmiana treści złożonej oferty. Zamawiający zaznaczył, że ilość oferowanych linii lotniczych była elementem istotnym oferty, skoro było to jedno z kryterium oceny ofert.

Odnosząc się do kwestii sprecyzowania wymogów dotyczących linii lotniczych Zamawiający stwierdził, że formułując treść wezwania z dnia 31 lipca 2014 r. żadną miarą nie wykroczył poza postanowienia SIWZ. Podane przez Zamawiającego parametry oceny (weryfikacji) linii lotniczych operujących na terenie EOG, wobec powziętej wątpliwości, co do podanej przez Odwołującego liczby, były elementem subsydiarnym, pomocniczym i nie budowały jakichkolwiek nowych oczekiwań wobec wykonawców uczestniczących w Postępowaniu. Zamawiający konsekwentnie, od chwili wszczęcia Postępowania, oczekiwał zaoferowania przez oferentów linii lotniczych rozumianych jako podmioty

rzeczywiście świadczącej oczekiwaną usługę, stąd wydaje się być oczywistym oczekiwanie Zamawiającego, by wśród tych linii nie umieszczać np. linii cargo czy linii *de facto* niedziałających (zawieszonych), o czym dodatkowo poinformował Odwołującego. Dlatego też wskazanie w wystosowanym wezwaniu kwantyfikatorów pomocnych Odwołującemu w dokonaniu weryfikacji zgłoszonych linii jest irrelewantne prawnie i nie może być zasadnie traktowane jako zmiana postanowień SIWZ. Zamawiający nigdy, co potwierdzają podjęte przez niego w Postępowaniu czynności (w tym także wystosowanie wezwania do złożenia wyjaśnień mających za przedmiot treść oferty Odwołującego wyłącznie do niego), nie dawał jakichkolwiek powodów mogących stanowić uzasadnienie zarzutu zmiany postanowień SIWZ. Co więcej, czynności Odwołującego (przesłanie odpowiedzi na wezwanie faksem) potwierdzają, iż w tamtym czasie także Odwołujący nie traktował tej czynności jako złożenia nowej oferty w odpowiedzi na nowe oczekiwania Zamawiającego. Skoro zatem zmiana SIWZ nie została dokonana, co implikowałoby składanie nowych ofert przez wykonawców, to dokonanie przez Odwołującego zmniejszenia liczby oferowanych linii lotniczych, w odpowiedzi na wystosowane w trybie przepisu art. 87 ust. 1 Pzp wezwanie, jest niedopuszczalną zmianą treści złożonej oferty.

W ocenie Zamawiającego brak reakcji na powyższe działanie, tj. nieodrzućenie oferty Odwołującego, byłby naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia zgłosili: Wykonawca NBT, zwany dalej również „Przystępującym” (po stronie Zamawiającego) oraz – po stronie Odwołującego – eSKY.PL S.A. z siedzibą w Radomiu (26-600), Plac Jagielloński 8 (dalej: „Wykonawca eSKY”).

W piśmie procesowym z dnia 9 września 2014 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w oparciu o następującą argumentację.

Zgodnie z postanowieniem Rozdziału VIII Podrozdziału III SIWZ jednym z kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej była oferowana przez wykonawcę liczba linii lotniczych (przewoźników) na terenie krajów EOG dostępnych w bazie danych narzędzia online. Waga tego kryterium została ustalona przez Zamawiającego na 3% (3/100 pkt). Zamawiający wymagał, aby liczba linii lotniczych (przewoźników) na terenie krajów EOG dostępnych w bazie danych narzędzia online, była nie niższa niż 300. Dodatkowo, zgodnie z Rozdziałem XII ust. 3 pkt 2) SIWZ, przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, wybrany wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia Zamawiającemu listy aktywnych linii lotniczych (przewoźników) dostępnych w bazie danych udostępnionego przez wykonawcę narzędzia online na terenie krajów EOG, zgodnie z oświadczeniem złożonym w Formularzu Ofertowym. Informacja o liczbie linii

lotniczych na terenie EOG winna być przez wykonawców ujęta w pkt 11 formularza ofertowego, zgodnie z którym wykonawca składał oświadczenie następującej treści: „[...]OŚWIADCZAMY, że w bazie danych udostępnionego przez nas narzędzia online dostępnych jest aktywnych* linii lotniczych (przewoźników) na terenie krajów EOG.[...]”. Odwołujący w treści swojej oferty oświadczył, że w bazie danych udostępnionego przez niego narzędzia online dostępnych jest 525 aktywnych linii lotniczych (przewoźników) na terenie krajów EOG.

Przystępujący wskazał, że nie spełniają ww. kryteriów linie lotnicze, które:

1. nie latają do krajów EOG, jako że wymóg SIWZ wprost wskazuje na aktywność danych linii lotniczych na terenie krajów EOG,
2. zbankrutowały lub zawiesiły działalność, bądź też zostały przejęte przez inne podmioty i nie funkcjonują już jako samodzielne byty prawne, a nadal figurują na ogólnych listach dostępnych linii lotniczych – jako że takie linie lotnicze nie prowadzą działalności, w tym w szczególności nie prowadzą działalności polegającej na przewozie lotniczych osób, nie są zatem aktywnymi liniami lotniczymi, wobec czego nie można u nich dokonywać rezerwacji biletów lotniczych, ponieważ nie prowadzą one ich sprzedaży,
3. nie są liniami lotniczymi, a w rzeczywistości przewoźnikami kolejowymi, czy autobusowymi, dystrybuującymi swoją ofertę razem z faktycznymi liniami lotniczymi w GDS i figurującymi na listach dostawców GDS, jako że tacy przewoźnicy nie stanowią linii lotniczych i nie oferują przewozu lotniczego osób, lecz oferują przewóz osób przy zastosowaniu innych środków komunikacji, wobec czego nie można u nich dokonywać rezerwacji biletów lotniczych, ponieważ nie prowadzą ich sprzedaży,
4. zostały zdublowane z innych źródeł, jako że nie stanowią one w takim wypadku innych linii lotniczych, lecz nadal jest to ta sama linia lotnicza, dostępna przy użyciu różnych platform i systemów rezerwacji i sprzedaży biletów,
5. nie oferują pasażerskich lotów z możliwością wykupu miejsc (np. linii cargo, linie czarterowe bez otwartej sprzedaży miejsc itd.), ponieważ objęte przedmiotem zamówienia narzędzie online miało umożliwiać m.in. dokonywanie rezerwacji biletów lotniczych, zaś w przypadku ww. linii nie ma możliwości rezerwacji biletów lotniczych, jako że nie są one oferowane przez tego rodzaju przewoźników.

Wykonawca NBT podkreślił, że Odwołujący jest podmiotem profesjonalnym, który w ramach prowadzonego przez siebie przedsiębiorstwa świadczy m.in. usługi objęte

przedmiotem zamówienia. Odwołujący potwierdził tą okoliczność w szczególności poprzez złożenie oferty w Postępowaniu, powinien zatem dołożyć najwyższej staranności w zakresie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, czego zaniechał.

Przystępujący zauważył, że Zamawiający przygotowując Postępowanie, w tym m.in. w celu sporządzenia wniosku o jego wszczęcie, winien rozpoznać rynek pod kątem dostępności zamawianych dóbr i szacowania ich wartości. Można zatem domniemywać, że znał on orientacyjną, szacunkową liczbę linii lotniczych z krajów EOG, w przeciwnym wypadku nie mógłby wskazać minimalnej wymaganej liczby tychże linii (ustalanej na minimum 300 linii lotniczych). W konsekwencji, w ocenie Wykonawcy NBT, Zamawiający mógł powziąć uzasadnione wątpliwości, czy zaoferowana przez Odwołującego liczba 525 linii lotniczych z krajów EOG jest realna (możliwa do zaoferowanie), jako że obiektywnie taka liczba aktywnych linii lotniczych nie jest dostępna na rynku, zatem nie może być dostępna dla żadnego z wykonawców. Niezależnie od powyższego Przystępujący podkreślił, że bez znaczenia dla procedury z art. 87 ust. 1 Pzp jest pochodzenie informacji powodujących wątpliwości odnośnie treści oferty. Mogą mieć one źródło w danych i informacjach własnych zamawiającego, jak również pochodzić od innych wykonawców, w tym biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli jednak występują zamawiający ma obowiązek skorzystania z przepisu art. 87 ust. 1 Pzp.

Przystępujący zauważył, że choć zaoferował 300 aktywnych linii lotniczych w EOG, zaś Odwołujący 525, to twierdzenie Odwołującego, że w przypadku zwrócenia się przez Zamawiającego do Przystępującego o weryfikację linii lotniczych pod ww. kątem spowodowałoby zmniejszenie ich liczby jest nie tylko gołosłowne (szczególnie niepoparte dowodami), ale też nieprawdziwe, gdyż Przystępujący przed złożeniem oferty zweryfikował każdą z dostępnych linii lotniczych pod kątem spełniania wymagań SIWZ. Nie było zatem potrzeby wzywania go do złożenia wyjaśnień odnośnie treści oferty.

Wykonawca NBT stwierdził ponadto, że Odwołujący podejmuje próbę kwestionowania postanowień SIWZ próbując wykazać, że zapotrzebowanie Zamawiającego jest inne, aniżeli opisane w SIWZ. W tym celu Odwołujący m.in. przedstawia w jaki sposób realizował na rzecz Zamawiającego umowę podobnego rodzaju, usiłując dowieść, że jest zdolny do wykonania zamówienia niezależnie od tego, że zmniejszył liczbę oferowanych linii lotniczych z 525 do 367. Bezpodstawnie kwestionuje przy tym kryterium oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej twierdząc, że przypisana mu waga (3%) nie jest istotna przy ustalaniu wyniku Postępowania. Tymczasem wszelkie twierdzenia odnoszące się wprost do postanowień SIWZ powinny zostać, w ocenie Przystępującego, pominięte, jak że są one spóźnione na tym etapie Postępowania.

W dalszej kolejności Wykonawca NBT podkreślił, że Odwołujący – dokonując zmniejszenia ilości linii lotniczych – dokonał zmiany treści oferty, co narusza przepis art. 87 ust. 1 Pzp. Za bezpodstawne i gołosłowne uznał twierdzenia, jakoby część oferty Odwołującego dotycząca ich liczby stanowiła oświadczenie wiedzy, a nie oświadczenie woli. Jako że liczba linii lotniczych, przy użyciu których miałyby być wykonywane zamówienie, jest jednym z warunków świadczenia usług przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego, jest ona zatem elementem oferty składanej przez wykonawcę. Przystępujący podkreślił, że na ofertę nie składa się tylko i wyłącznie cena (jak stara się to przedstawić Odwołujący), lecz również inne elementy zobowiązania wykonawcy, które kreują sposób wykonania zobowiązania (zamówienia) przez wykonawcę.

Następnie Przystępujący podniósł, że oświadczenie Odwołującego z dnia 4 sierpnia 2014 r. w przedmiocie liczby aktywnych linii lotniczych (przewoźników) stanowi zmianę oświadczenia woli Odwołującego wskazanego w ofercie, poprzez zmianę warunków realizacji zamówienia. Przypomniął, że warunek ten był na tyle istotny dla Zamawiającego, że przyznał mu wagę 3% przy ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Podkreślił, że zgodnie z przepisem art. 84 ust. 1 Pzp wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę. Wobec tego, oświadczenie Odwołującego złożone w dniu 4 sierpnia 2014 r., a zatem po upływie terminu składania ofert, nie mogło stanowić ani zmiany oferty, ani jej wycofania. W konsekwencji, zdaniem Wykonawcy NBT, uznać należało, że ww. pismem Odwołujący złożył nową ofertę, co w świetle przepisu art. 82 ust. 1 Pzp należy uznać za niedopuszczalne.

Niezależnie od powyższej argumentacji Przystępujący stwierdził, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje w treści pierwotnej oferty, które mogły mieć wpływ na wynik Postępowania. Odwołujący – pismem z dnia 4 sierpnia 2014 r. – przyznał, że w treści pierwotnej oferty nieprawidłowo wskazał liczbę oferowanych aktywnych linii lotniczych w krajach EOG w liczbie 525. Z treści przedmiotowego pisma wprost wynika, że liczba oferowanych przez Odwołującego aktywnych linii lotniczych w krajach EOG wynosi 367. Wykonawca NBT zasygnalizował, że pomiędzy złożeniem pierwotnej oferty, a oświadczeniem z dnia 4 sierpnia 2014 r., nie uległ zmianie stan faktyczny, w szczególności nie zostały zmienione postanowienia SIWZ. Z tego wywiódł, że Odwołujący złożył zatem powyższe, nieprawdziwe informacje świadomie – w złej wierze i intencjonalnie, jedynie w celu polepszenia własnej pozycji w rankingu ofert. Przypomniął, że liczba aktywnych linii lotniczych udostępnianych Zamawiającemu była jednym z kryteriów oceny ofert, wobec czego podanie większej aniżeli rzeczywista (faktyczna) liczba aktywnych linii lotniczych, skutkowałaby przyznaniem Odwołującemu większej liczby punktów w tymże kryterium, a zatem

zwiększeniem globalnej liczby punktów przyznanych ofercie Odwołującego, co przesądza o zaistnieniu przesłanki wpływu nieprawdziwych informacji na wynik Postępowania.

Przystępujący podsumował, że oferta Odwołującego powinna nie tylko zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, ale również winien on zostać wykluczony z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wniósł ponadto o oddalenie wniosków dowodowych Odwołującego, jako niemających znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy i zmierzających do przedłużenia postępowania odwoławczego.

Odwołujący – pismem z dnia 10 września 2014 r., stanowiącym replikę na argumentację zawartą w piśmie procesowym Przystępującego – podtrzymał zgłoszone w odwołaniu wnioski dowodowe, a nadto wyjaśnił dodatkowo, jak niżej.

W pierwszej kolejności zwrócił uwagę na brak konsekwencji w operowaniu przez Zamawiającego i Przystępującego pojęciami odnoszącymi się do linii lotniczych, ponieważ SIWZ odnosi się do liczby linii lotniczych (przewoźników) na terenie krajów EOG dostępnych w bazie danych narzędzia online (str. 22 i 24 SIWZ), liczby aktywnych linii lotniczych (przewoźników) – str. 30, pkt 11 SIWZ i wreszcie listy aktywnych linii lotniczych (przewoźników), gdy tymczasem Zamawiający posługuje się pojęciem liczby operujących linii lotniczych, a Przystępujący – liczby dostępnych linii lotniczych. Konkludując, na etapie składania oferty, SIWZ nakładała obowiązek, aby podana w ofercie liczba obejmowała „aktywne” linie lotnicze (przewoźników) wyłącznie w rozumieniu dostępności w bazie danych wykonawcy.

Odnosząc się kolejno do stanowiska Przystępującego dotyczącego dodatkowych kwantyfikatorów związanych z liniami lotniczymi Odwołujący wskazał kolejno, że:

1. jedynym kryterium w SIWZ odnoszącym się do linii lotniczych (przewoźników), było ich przywiązanie do krajów EOG (nie zdefiniowane precyzyjnie) i ich „aktywność” w rozumieniu dostępności w narzędziu wykonawcy; nie było zatem podstaw, aby przyjmować definicję Przystępującego w kontekście latania „do”, „z”, „przez”, czy w jakiegokolwiek innej formie do krajów EOG,
2. według nieuprawnionego definiowania przez Przystępującego pojęcia „linii lotniczych (przewoźników)”, nie mogą rzekomo zaliczać się do niego linie cargo, czy czarterowe bez otwartej sprzedaży miejsc itd.); Wykonawca NBT winien jednak wiedzieć, że zgodnie z najogólniejszą definicją linii lotniczej, jest nią przedsiębiorstwo lotnicze świadczące regularne i nieregularne usługi transportu lotniczego, obejmujące przewóz pasażerów lub ładunków oraz posiada odpowiednie świadectwo urzędu lotnictwa cywilnego wydane przez państwo, w którym zostało założone, a przewoźnik lotniczy, to podmiot posiadający ważny

certyfi­kat (koncesję, licencję) upoważniający do prowadzenia działalności gospodarczej z zakresu przewo­zu lotniczego pasa­żerów, бага­żu, towarów lub poczty za wynagrodzeniem; ze względu na przedmiot przewo­zu wyróżnia się przewoźnika liniowego, wykonującego regularny przewóz pasa­żerów, бага­żu, towarów i poczty, u którego miejsca w statkach powietrznych przeznaczone do przewo­zu pasa­żerów, бага­żu, towarów lub poczty są publicznie oferowane do nabycia, a przewóz jest wykonywany między tymi samymi punktami według opublikowanego rozkładu lotów albo w stałych odstępach czasu lub z częstotliwością wskazującą na regularność lotów oraz przewoźnika czarterowego wykonującego nieregularny przewóz lotniczy polegający na tym, iż na podstawie umowy czarteru lotniczego, w której przewoźnik lotniczy oddaje do dyspozycji czarterującego określoną liczbę miejsc lub pojemność statku powietrznego w celu wykonania określonego przewo­zu pasa­żerów, бага­żu, towarów lub poczty, wskazanych przez czarterującego.

Odwolujący podkreślił również, że w wyjaśnieniach z dnia 4 sierpnia 2014 r. nie wskazywał z czego wynika podana liczba linii lotniczych, dlatego argumentacja Przystępującego w tym zakresie jest wyłącznie jego dywagacją, nie popartą żadnymi dowodami. Zaznaczył, że wbrew twierdzeniom Przystępującego, Odwołujący nie tylko jest profesjonalistą, ale korzysta również z doświadczenia zdobywanego na bieżąco, w szczególności zdobytego w trakcie 1,5-roczonej współpracy z Zamawiającym, nawiązaną na podstawie umowy na świadczenie tożsamy­ch, co objęte Postępowaniem, usług. Potwierdza ona, że Zamawiający nie oczekiwał wyłączenia jakichkolwiek linii lotniczych, czy przewoźników ze względu na charakter wykonywanej usługi. Nie tylko nie zostało to napisane i zdefiniowane w SIWZ, ale z bieżącej umowy wynika, że takie uszczegółowienie definicji nie jest uzasadnione. Poza tym, jeśli Zamawiający chciałby zmienić zakres SIWZ w stosunku do poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to mógł to uczynić.

Odnosząc się do kwestii złożenia nieprawdziwych informacji Odwołujący zaznaczył na wstępie, że ofertę złożył w dobrej wierze i zgodnie z zaprezentowanym powyżej rozumieniem postanowień SIWZ. Zaznaczył, że na obecnym etapie nie należy oceniać czy informacje mogły mieć wpływ na wynik Postępowania, bowiem doszło już do wyboru oferty najkorzystniejszej. Zasygnalizował, że biorąc pod uwagę skalę (wartość) kryterium związanego z aktywnymi liniami lotniczymi kwestia dotycząca ich liczby nie może (i nawet nie mogłyby mieć) wpływu na wynik Postępowania.

Odwołujący oświadczył, że ani literalna, ani logiczna wykładnia treści pisma z dnia 4 sierpnia 2014 r. nie może prowadzić do wniosku, że przyznał on, jakoby w treści pierwotnej oferty nieprawidłowo wskazał liczbę oferowanych aktywnych linii lotniczych. Takie stwierdzenie stanowi, w jego ocenie, nieuprawnioną nadinterpretację treści ww. korespondencji. Podkreślił ponownie, że liczba linii lotniczych (przewoźników) podana w ofercie, była jak najbardziej prawidłowa w świetle legalnych postanowień SIWZ. Zdaniem Odwołującego nie wiadomo również na czym Przystępujący buduje twierdzenie, że pomiędzy złożeniem oferty, a wspomnianymi wyjaśnieniami nie uległ zmianie stan faktyczny. Liczba linii lotniczych (przewoźników) w zasadzie zmienia się codziennie, nie to jest jednak najważniejsze – Przystępujący przyjął bowiem, że Odwołujący podał w ofercie nieprawdziwe informacje świadomie, a zatem w złej wierze i intencjonalnie, jedynie w celu polepszenia własnej pozycji w rankingu ofert.

Wobec powyższego Odwołujący stwierdził, że argumentacja Wykonawcy NBT zbudowana została wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego oraz, że nosi znamiona demagogii. Z ostrożności procesowej przytoczył również orzecznictwo Izby i sądów okręgowych wskazujące na konieczność udowodnienia przez Zamawiającego umyślności w podaniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji.

Na rozprawie strony i Przystępujący podtrzymali stanowiska zawarte w złożonych pismach procesowych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz pismach procesowych Odwołującego i Przystępującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Ustalono, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Izba, wobec spełnienia przez Wykonawcę NBT przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

W zakresie przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez Wykonawcę eSKY Izba, na podstawie dokumentacji postępowania odwoławczego,

stwierdziła, że ww. nie przesłał kopii zgłoszonego przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu, która to okoliczność została zresztą potwierdzona zgodnymi oświadczeniami stron i wreszcie przyznana przez Wykonawcę eSKY. Należało zatem stwierdzić, że po stronie zgłaszającego przystąpienie zachodzi przeszkoda uniemożliwiająca dopuszczenie go do udziału w postępowaniu odwoławczym, bowiem nie spełnił on warunku formalnego umożliwiającego nadanie mu statusu uczestnika tego postępowania, o którym mowa w przepisie art. 185 ust. 2 zd. drugie *in fine* Pzp.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że zgłoszoną przez Zamawiającego na posiedzeniu opozycję przeciw przystąpieniu ww. do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego należałoby uwzględnić, jako że uprawdopodobnione zostało, że Wykonawca eSKY nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego. Treść pisma procesowego zawierającego zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego oparta jest w przeważającej mierze na kwestionowaniu postanowienia SIWZ odnoszącego się do liczby aktywnych linii lotniczych (przewoźników), co jest wyłącznie pozornie zbieżne ze stanowiskiem Odwołującego. Izba zwróciła przy tym uwagę, że – wbrew twierdzeniom zgłoszonego przez Wykonawcę eSKY przystąpienia – nawet uwzględnienie wniesionego odwołania nie spowodowałoby konieczności dokonania powtórnej oceny jego oferty. Jest tak nie tylko dlatego, że wniosek Wykonawcy eSKY oparty został na twierdzeniu o konieczności wyeliminowania wspomnianego zapisu SWIZ, ale również z tej przyczyny, że złożona przez niego oferta została odrzucona na innej podstawie, niż oferta Odwołującego. W przypadku Wykonawcy eSKY była to stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ, zaś w przypadku Odwołującego – niezgodność oferty z Pzp. Natomiast w pozostałym zakresie stanowisko Wykonawcy eSKY sprowadzało się do podnoszenia zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy NBT oraz popełnienia przez niego czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów własnych, co nie miało żadnego związku z zaskarżonymi odwołaniem czynnościami Zamawiającego.

Uzasadniony jest zatem wniosek, że Wykonawca eSKY winien samodzielnie wnieść odwołanie, nie zaś próbować przystąpić do postępowania odwoławczego w oparciu o argumentację nieadekwatną do stanowiska strony, którą powinien wspierać. Jakkolwiek Izba podziela zapatrywanie o konieczności interpretowania pojęcia interesu, o którym mowa w art. 185 ust. 2 zd. pierwsze *in fine* Pzp szeroko i bez utożsamiania go z pojęciem interesu warunkującego wniesienie odwołania (por. treść przepisu art. 179 ust. 1 Pzp), tym niemniej interes przystępującego musi pozostawać w jakimkolwiek związku z odwołaniem strony, do której przystąpienie zostało zgłoszone, czego w tej sprawie stwierdzić nie sposób.

Przechodząc do merytorycznej oceny zarzutów odwołania Izba ustaliła, że opis przedmiotu zamówienia (OPZ) zawarty został w załączniku nr 6 do SIWZ. Mieścił się w nim m.in. zakup 11985 sztuk biletów lotniczych na trasach zagranicznych w obrębie krajów EOG, 1080 sztuk biletów lotniczych na trasach krajowych i 3432 sztuk biletów lotniczych na trasach zagranicznych poza obrębem krajów EOG.

Jednym z wymogów Zamawiającego było, aby w bazie danych udostępnianego przez wykonawców narzędzia online służącego internetowej rezerwacji biletów dostępnych było nie mniej niż 300 aktywnych linii lotniczych (przewoźników). Liczbę linii lotniczych (przewoźników) na terenie krajów EOG dostępnych w bazie danych narzędzia online Zamawiający uczynił jednym z kryteriów oceny ofert (patrz Rozdział VIII Podrozdział II) nadając mu – zgodnie z Rozdziałem VIII Podrozdziałem III ust. 1 L.p. 1 SIWZ – wagę w wysokości 3%.

Oświadczenie w zakresie liczby aktywnych linii lotniczych w udostępnianym przez wykonawców narzędziu online zamieszczona miała być w pkt 11 wzoru formularza oferty, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. Zgodnie z zawartym tam objaśnieniem „aktywne” oznaczało dostępne w oferowanym systemie na dzień ogłoszenia Postępowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i na stronie internetowej Zamawiającego. Zgodnie z Rozdziałem XII ust. 3 pkt 3 SIWZ przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca został zobowiązany do dostarczenia Zamawiającemu listy aktywnych linii lotniczych (przewoźników) dostępnych we wspomnianym narzędziu online.

Ponadto, na podstawie pisma Zamawiającego z dnia 11 lipca 2014 r. (odpowiedzi na wnioski wykonawców o wyjaśnienie postanowień SIWZ), ustalono, że pod pojęciem „linii lotniczych dostępnych na terenie EOG” Zamawiający rozumiał linie, które realizują połączenia na terenie EOG oraz z terenu EOG flotą własną lub linii sojuszników.

Odwołujący, w pkt 11 formularza oferty, oświadczył, że w narzędziu online znajduje się 525 aktywnych linii lotniczych na terenie EOG.

Następnie został on wezwany – pismem z dnia 31 lipca 2014 r., stanowiącym reakcję na pismo Przystępującego z dnia 29 lipca 2014 r. dotyczące wątpliwości odnośnie treści oferty Odwołującego – do zweryfikowania wskazanej w ofercie liczby linii lotniczych operujących na terenie EOG z wyłączeniem linii: (1) nielatających do krajów EOG, (2) które zbankrutowały/zawiesiły działalność/zostały przejęte przez inne podmioty i nie funkcjonują już jako samodzielne byty prawne, a nadal figurują na ogólnych listach dostępnych linii, (3) niebędących *de facto* liniami lotniczymi, a przewoźnikami kolejowymi/autobusowymi dystrybuującymi swoją ofertę razem z liniami lotniczymi w GDS i figurującymi na listach dostawców GDS, (4) zdublowanych z innych źródeł, (5) nieoferujących pasażerskich lotów

z możliwością wykupu miejsc (np. linie cargo, linie czarterowe bez otwartej sprzedaży miejsc itd.).

W wyznaczonym terminie Odwołujący oświadczył, że wskazaną w ofercie liczbę aktywnych linii lotniczych (przewoźników) podał w dobrej wierze i zgodnie ze zrozumieniem postanowień SIWZ. Dodał, że w celu uniknięcia wątpliwości, Odwołujący, w oparciu o założenia zawarte w piśmie Zamawiającego, które w części wręcz doprecyzowywały pojęcie linii lotniczych (przewoźników), które powinny być wzięte pod uwagę, dokonał ich weryfikacji i stwierdził, że ich liczba wynosi 367. Zaznaczył, że zgodnie z jego wiedzą, biorąc pod uwagę dane ujawnione w trakcie otwarcia ofert oraz przyjęte w Postępowaniu kryteria ich oceny, zweryfikowana liczba aktywnych linii lotniczych (przewoźników) nie ma wpływu na wynik Postępowania.

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty (pismo z dnia 19 sierpnia 2014 r.) Zamawiający przytoczył powyższe okoliczności i stwierdził, że dowodzą one złożenia przez odwołującego nowej oferty, co narusza przepis art. 82 ust. 1 Pzp i w konsekwencji prowadzi do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W powyższych okolicznościach Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył przepisu art. 87 ust. 1 Pzp w żaden z zarzucanych mu w odwołaniu sposobów, tj. zarówno przez skierowanie do niego wezwania o wyjaśnienie treści oferty na podstawie informacji pochodzących od innego wykonawcy, jak i przez ograniczenie tej czynności wyłącznie do oferty Odwołującego.

W zakresie pierwszej ze wskazanych okoliczności Izba zwraca uwagę, że przepis art. 87 ust. 1 Pzp nie reguluje w żaden sposób kwestii pochodzenia wątpliwości uzasadniających żądanie od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Stanowi o jedynie, że czynności tej zamawiający dokonuje w toku badania i oceny ofert oraz, że nie może ona skutkować prowadzeniem pomiędzy zamawiającym, a wezwanym wykonawcą negocjacji w przedmiocie treści oferty oraz, że – z zastrzeżeniem wyjątków wskazanych w komentowanym przepisie – nie może także prowadzić do zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy, o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia.

W konsekwencji uzasadniony jest wniosek, że irrelewantne dla oceny prawidłowości wszczęcia i przeprowadzenia czynności wyjaśnień treści oferty jest źródło pochodzenia dotyczących jej wątpliwości. Może być to zarówno wiedza własna zamawiającego, zdobyta, przykładowo, na podstawie wcześniej prowadzonych postępowań o udzielanie zamówień publicznych na podobny przedmiot zamówienia, ale także informacja przekazana przez innych uczestników procedury udzielania zamówienia publicznego, bądź przez podmioty w ogóle z nią niezwiązane. Działania takie, podejmowane zwłaszcza przez konkurujących ze

sobą wykonawców, można ewentualnie rozpatrywać w kategoriach etyki biznesu, nie zaś pod kątem zgodności z obowiązującymi w tej mierze przepisami Pzp, które – jak wskazano – uregulowań w omawianym zakresie nie zawierają. Istotne jest natomiast, co wynika nie tyle z literalnego brzmienia przepisu art. 87 ust. 1 Pzp, a z ugruntowanego orzecznictwa Izby, że żądania udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty nie można rozpatrywać wyłącznie w kategoriach kompetencji zamawiającego, ale, co do zasady, jego obowiązku. Stanowi ono bowiem jedno z narzędzi umożliwiających osiągnięcie celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór oferty zgodny z uzasadnionymi oczekiwaniami zamawiającego.

Odnosząc się do drugiej z postaci zarzucanego Zamawiającemu naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 Pzp (skierowanie wezwania wyłącznie do Zamawiającego) Izba stwierdziła, że nie mogło odnieść skutku uzasadnianie go koniecznością przestrzegania zasady równego traktowania wykonawców. Stanowi ona wprawdzie jedną z naczelnych dyrektyw udzielania zamówień publicznych, tym niemniej nie ma wymiaru absolutnego. Jej ograniczenia można znaleźć nawet w treści przepisów Pzp. Przykładowo, z art. 26 ust. 3 zd. pierwsze *in fine* Pzp wynika, że wezwania do uzupełnienia oświadczeń, dokumentów, czy pełnomocnictw nie kieruje się do wykonawcy, którego oferta – mimo ich złożenia – i tak podlega odrzuceniu, choć można byłoby twierdzić, że skoro inny wykonawca został wezwany do uzupełnienia identycznych dokumentów, to w myśl zasady równego traktowania wykonawców, wezwanie takie należy skierować również do wykonawcy, o którym mowa w powołanej regulacji. Podobnie, w przypadku warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie muszą one zapewniać na starcie wszystkim wykonawcom absolutnie równych szans na ich spełnienie i w konsekwencji – uzyskanie zamówienia. Stąd, niektóre podmioty będą w stanie samodzielnie je spełnić, inne – posługując się potencjałem innych podmiotów, bądź agregując ów potencjał w ramach wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, a jeszcze inne – wcale.

Przenosząc poczynione uwagi na rozpatrywaną sprawę należało stwierdzić, że z samego faktu skierowania wezwania wyłącznie do Odwołującego nie można wywodzić, jakoby był on nierówno traktowany w stosunku do innych uczestników Postępowania, w tym w szczególności – Wykonawcy NBT. Abstrahując nawet od braku normatywnego obowiązku kierowania omawianego żądania do wszystkich, czy też określonej grupy wykonawców, Izba stwierdziła, że o zastosowaniu tej instytucji decyduje, co do zasady, Zamawiający, skoro to na nim spoczywa obowiązek wyboru oferty nie tylko najkorzystniejszej, ale również spełniającej wszystkie oczekiwania SIWZ. Jeżeli natomiast zarzuca mu się niezastosowanie wezwania do innego podmiotu (*ad casum* – Przystępującego), jak to uczynił Odwołujący, to winien on – zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 Pzp konstytuującym rozkład ciężaru dowodu

w postępowaniu odwoławczym – wykazać, że tożsame wątpliwości Zamawiający powinien powziąć analizując ofertę Wykonawcy NBT. Nie mogła ich powodować wyłącznie okoliczność, że wskazał on na minimalną wymaganą przez Zamawiającego liczbę aktywnych linii lotniczych (przewoźników) dostępnych w narzędziu online, ani tym bardziej twierdzenie, że w następstwie sprawdzenia miałyby się okazać, iż Przystępujący tego kryterium nie spełnia. Odwołujący nie przedstawił bowiem żadnych dowodów na okoliczność, że oświadczenie Wykonawcy NBT w zakresie liczby aktywnych linii lotniczych (przewoźników) było nierzetelne i mogło nasuwać wątpliwości, a w konsekwencji – wywołać konieczność wszczęcia procedury z art. 87 ust. 1 Pzp także w odniesieniu do Przystępującego.

Nie można pominąć wreszcie i tej okoliczności, że Odwołujący mógł zaskarżyć zaniechanie wezwania Wykonawcy NBT do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty już wcześniej. Zgodnie bowiem z przepisem art. 182 ust. 3 Pzp odwołanie wobec czynności innych, niż określone w ust. 1 (czynności, o których zamawiający informuje wykonawcę) i ust. 2 (treść ogłoszenia o zamówieniu i postanowienia SIWZ) wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Przy uwzględnieniu okoliczności, że wezwanie Odwołującego miało miejsce w dniu 31 lipca 2014 r., dokumentacja Postępowania jest jawna i podlega udostępnieniu w trybie przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U.2010.223.1458), Odwołujący złożył stosowny wniosek dopiero w dniu 22 sierpnia 2014 r., a udostępnienie miało miejsce – jak sam przyznał – w dniu 25 sierpnia 2014 r. (patrz: korespondencja poczty elektronicznej z dnia 22 sierpnia znajdująca się w aktach Postępowania), Izba doszła do wniosku, że przy zachowaniu należytej staranności mógł on powziąć wiadomość o zarzucanym w odwołaniu zaniechaniu znacznie wcześniej, aniżeli we wzmiankowanej powyżej dacie. Chociażby zatem z tego względu argumentacja Odwołującego nie mogła zostać uwzględniona.

Izba nie dopatrzyła się również naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp pomimo tego, że treść uzasadnienia odrzucenia oferty powinna zostać przez Zamawiającego sformułowana z większą precyzją. O ile bowiem, w ocenie Izby, prawidłowo przytoczone zostały okoliczności faktyczne i podstawa prawna podjętego rozstrzygnięcia, o tyle wniosek o złożeniu przez Odwołującego nowej oferty był chybiony, co nie uzasadnia jeszcze uwzględnienia omawianego zarzutu.

Odmawiając zasadności argumentacji dotyczącej złożenia przez Odwołującego nowej oferty Izba miała na względzie, że dokonanie takiej czynności może mieć miejsce wyłącznie przed upływem terminu składania ofert, co miało miejsce w dniu 18 lipca 2014 r., gdy tymczasem wskazywana przez Zamawiającego „nowa oferta” złożona została w dniu 4 sierpnia 2014 r. Wyjaśnić zatem należy, że ze złożeniem nowej oferty stanowiącej podstawę odrzucenia jej odrzucenia (jak i odrzucenia uprzednio złożonej oferty) na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp mamy do czynienia w sytuacji, w której wykonawca – bez uprzedniego wycofania pierwotnej oferty – składa, przed upływem terminu składania ofert, kolejną, inną ofertę powodując, że po upływie tego terminu zamawiający dysponuje dwoma różnymi oświadczeniami woli pochodzącymi od jednego podmiotu. Sytuacja taka sprzeczna jest z przepisem art. 82 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, a jej konsekwencją winno być odrzucenie obydwu ofert na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Wskazać należy ponadto, że wyjaśnienia Odwołującego z dnia 4 sierpnia 2014 r. nie mogły zostać potraktowane przez Zamawiającego jako nowa oferta także z tego względu, że zostały one złożone za pośrednictwem faksu, podczas gdy ofertę składa się w formie pisemnej *ad solemnitatem*. Nie wdając się szczegółowo w bogate rozważania doktrynalne dotyczące formy pisemnej należy stwierdzić, że nie spełnia wymogu pisemności przesłanie oświadczenia za pośrednictwem wspomnianego środka porozumiewania się na odległość, chociażby ze względu na niespełnienie wymogu własnoręcznego podpisania takiego oświadczenia.

Z przytoczonych powyżej przyczyn chybiony był również postawiony w odwołaniu z ostrożności procesowej zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 84 ust. 2 Pzp. Skoro bowiem w przedmiotowej sprawie Zamawiającemu nie zostało złożona oferta po terminie, to nie miał on obowiązku informowania o tym Odwołującego, a tym bardziej zwracaniu mu takiej oferty.

Analiza stanu faktycznego doprowadziła Izbę do przekonania, że doszło w nim w istocie do nieuprawnionej zmiany treści złożonej oferty po upływie terminu składania ofert (na co zwrócił uwagę, choć nie dość jasno, sam Zamawiający przywołując w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wyrok Izby dotyczący tej właśnie kwestii), co uzasadniało jej odrzucenie na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Odnosząc się na wstępie po krótko do istoty wyjaśnień, o których mowa w art. 87 ust. 1 Pzp, zasadnie nazywanych również tłumaczeniem oferty, Izba wskazuje, że należy jej upatrywać w udzieleniu zamawiającemu odpowiedzi na pytanie o przyczyny takiego, a nie innego sformułowania przez wykonawcę treści oferty. Poza tak rozumianym zakresem tej

czynności pozostają sytuacje, w których, pod pozorem udzielenia wyjaśnień, wykonawca ingeruje w treść oświadczenia woli, wprowadzając do niej nowe elementy, bądź modyfikując już istniejące. Opisane powyżej przypadki zostały objęte przez ustawodawcę zakazem wynikającym z treści przepisu art. 87 ust. 1 zd. drugie *in fine* Pzp. Nie ma przy tym podstaw do sztucznego, dokonywanego przez Odwołującego na użytek postępowania odwoławczego, różnicowania poszczególnych elementów oferty na oświadczenia woli podlegające wykładni i wyjaśnieniom i oświadczenia wiedzy.

Przechodząc do kwestii dopuszczalnych zmian w treści oferty po upływie terminu składania ofert Izba wskazuje, że w treści przepisu art. 87 Pzp ustawodawca przewidział dwa przypadki – pierwszy związany jest z możliwością żądania od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z wyjątkiem dokonywania istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w SIWZ (por. art. 87 ust. 1a Pzp – w takim przypadku ingerencji dokonuje sam wykonawca). Drugi zaś – z możliwością poprawiania w ofercie oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących poważnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 Pzp – tu ingerencji dokonuje zamawiający, choć w trzecim z przypadków, za zgodą wykonawcy). Wszelkie inne zmiany w treści oferty, niezależnie od dokonującego ich podmiotu, są niedopuszczalne i podlegają określonym sankcjom. W przypadku, gdy ich inicjatorem jest wykonawca jest nią odrzucenie jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp z uwagi na naruszenie przepisu art. 84 ust. 1 Pzp *a contrario*.

Przenosząc powyższe rozwiązania na grunt rozpoznawanej sprawy Izba stwierdziła, że – biorąc pod uwagę treść pisma Odwołującego z dnia 4 sierpnia 2014 r. – za wyjaśnienia mogło być uznane oświadczenia zawarte w pkt 1, w którego treści tłumaczy on przyczyny, dla których w złożonej ofercie wskazał na aktywne linie lotnicze (przewoźników) w liczbie 525 (określone rozumienie postanowień SIWZ). Co zaś dotyczy pkt 2 ww. korespondencji, to – w ocenie Izby – stanowi ona *de iure et facto* niedozwoloną zmianę treści oferty. Odwołujący oświadczył bowiem, że rzeczywista liczba aktywnych linii lotniczych (przewoźników) wynosi nie zadeklarowaną pierwotnie liczbę 525, a 367, zaś – jak uprzednio wskazano – jakakolwiek zmiana treści oferty po upływie terminu składania ofert, z wyłączeniem przypadków wymienionych *explicite* w treści przepisu art. 87 ust. 1 Pzp, musi skutkować dla wykonawcy negatywnie.

Jedynie na marginesie, można zwrócić uwagę na rolę, jaką liczba aktywnych linii lotniczych (przewoźników) odgrywała w Postępowaniu. Stanowiła ona jedną z cech, która charakteryzować powinna udostępniane Zamawiającemu narzędzie online stanowiące element OPZ. Po drugie – była również jednym z kryteriów oceny ofert, któremu nie sposób odmówić istotności tylko ze względu na przyznaną mu wagę (3%), ponieważ, w ocenie Izby, kryteria oceny ofert można rozpatrywać w kategoriach mniejszego lub większego prawdopodobieństwa ich wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś mniejszego, bądź większego znaczenia dla zamawiającego. Skład orzekający Izby jest zdania, że przez sam fakt wyniesienia określonej cechy do rangi kryterium oceny ofert nadaje się jej przymiot istotnej. Wreszcie, po trzecie, wbrew zapatrywaniom Odwołującego, liczba aktywnych linii lotniczych wykazywała, przynajmniej częściowo, związek ze sposobem spełnienia przez wykonawcę świadczenia. Nie sposób bowiem uznać, że z samej konieczności złożenia przed zawarciem umowy listy aktywnych linii lotniczych (przewoźników, dostępnych w bazie danych udostępnionych przez wykonawcę narzędzia online) na terenie krajów EOG, zgodnie z oświadczeniem złożonym w formularzu ofertowym (Rozdział XII ust. 3 pkt 3 SIWZ), należy wywodzić, iż ulegnie ona całkowitej zmianie, a w konsekwencji – żaden z podmiotów objętych oświadczeniem wykonawcy złożonym na etapie składania ofert, nie będzie brał w realizacji zawartej w następstwie udzielenia zamówienia umowy.

Nie mogła zostać uwzględniona związana z powyższym zagadnieniem argumentacja odnosząca się do nieuprawnionej zmiany przez Zamawiającego postanowień SIWZ, dokonanej jakoby pismem z dnia 31 lipca 2014 r., stanowiącym żądanie złożenia przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści oferty.

Odwołujący, tak we wniesionym odwołaniu, jak i w piśmie procesowym z dnia 10 września 2014 r. zbudował obszerną, powtórzoną w znacznej mierze także na rozprawie, argumentację mającą uzasadnić wniosek, że Zamawiający nie tylko sprecyzował w sposób wystarczający pojęcia „aktywnych linii lotniczych (przewoźników)”, ale także posługiwał się w postępowaniu odwoławczym innymi, również niedookreślonymi znaczeniowo, pojęciami. Tymczasem dla ustalenia treści spornego postanowienia SIWZ wystarczające było sięgnięcie do wyjaśnienia zawartego w formularzu oferty oraz odpowiedzi na pytanie nr 2 do treści SIWZ, zawartej w piśmie Zamawiającego z dnia 11 lipca 2014 r. Łączna interpretacja zawartych tam informacji nakazywała przyjąć, że „aktywne linie lotnicze (przewoźnicy) dostępne na terenie krajów EOG”, to linie lotnicze (przewoźnicy) dostępni w oferowanym systemie na dzień ogłoszenia Postępowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i na stronie internetowej Zamawiającego, którzy operują na terenie EOG, tj. realizują połączenia na terenie EOG oraz z terenu EOG flotą własną lub linii sojusznicych. Wszelkie inne określenia odnoszące się do

tej kwestii, którymi w postępowaniu odwoławczym posługiwał się zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący, stanowiły li tylko mniej lub bardziej trafną parafrazę omawianego pojęcia i nie mogły – co istotne – w żaden sposób wpłynąć na jego poprawne rozumienie wynikające tak z SIWZ, jak i z dokonanej przez Zamawiającego wykładni jego postanowień. Trzeba mieć przy tym na względzie, że Odwołujący mógł także zaskarżyć czynność wyjaśnienia treści SIWZ dokonaną przez Zamawiającego w dniu 11 lipca 2014 r., czego jednak we właściwym czasie nie uczynił.

W powyższym kontekście żaden z dodatkowych „kwantyfikatorów” (określenie Zamawiającego), ujętych w piśmie z dnia 31 lipca 2014 r., nie wykraczał w istocie poza treść postanowień SIWZ. Przykładowo, skoro Zamawiający – pismem z dnia 11 lipca 2014 r. – wyjaśnił, że linie lotnicze operujące na terenie EOG to takie, które „realizują (podkreślenie Izby) połączenia”, to przyjmując należało, że chodziło mu o funkcjonujących na dany moment (tu – na chwilę wszczęcia Postępowania) przewoźników, nie zaś o takich, którzy, niezależnie od przyczyn, zawiesili lub zaprzestali działalności usługowej. Nie mógł także odnieść skutku argument, że przedmiot zamówienia dotyczy m.in. przelotów poza obrębem krajów EOG, zaś kryterium oceny ofert – nie, skoro Zamawiający wyjaśnił w jaki sposób rozumie pojęcie operowania na terenie EOG.

Izba uwzględniła także argumentację Zamawiającego, że użyty w nawiasie wyraz „przewoźnicy”, towarzyszący określeniu „linie lotnicze”, stanowi jego synonim, wobec czego chybione były twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający świadomie zakładał oraz dopuszczał, że nie wszystkie takie podmioty będą liniami lotniczymi w rozumieniu określonym w piśmie z dnia 31 lipca 2014 r. Zarówno treść dokumentacji Postępowania, jak i stanowisko Odwołującego w postępowaniu odwoławczym wskazują, że podaną w ofercie liczbę 525 odnosił *stricto* do linii lotniczych, nie zaś, przykładowo, do linii lotniczych i innych przewoźników. Stąd, brak było podstaw do ujmowania w oświadczeniu także tych przewoźników, którzy liniami lotniczymi nie są.

Co zaś dotyczy niedopuszczalności dublowania linii lotniczych (przewoźników) Izba uznała, że takie zastrzeżenie stanowiło logiczną konsekwencję dokonywania klasyfikacji ofert m.in. w oparciu o ich liczbę. Nie można było zatem akceptować sytuacji, w której dany wykonawca uzyskałby większą liczbę punktów (być może decydującą o udzieleniu mu zamówienia) tylko dlatego, że powielił, niezależnie od towarzyszącemu temu powodów, dane dotyczące tych samych przewoźników. Z kolei, skoro zgodnie z OPZ (przykładowo Część I pkt 11) narzędzie online miało umożliwiać zarządzanie rezerwacjami biletów lotniczych, to oświadczeniem nie mogły być objęte linie lotnicze nieprowadzące otwartej sprzedaży biletów, bowiem w takim przypadku nie można mówić o możliwości ich wcześniejszego

zarezerwowania. Zaznaczyć należy, że Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił Izbie dowodów mogących uzasadniać odmienne zapatrywanie.

Izba zwraca również uwagę na okoliczność, że o ile Odwołujący nie musiał wnosić odwołania na czynność wezwania go do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty (nie sposób bowiem nakładać na wykonawcę obowiązku antycypowania działań zamawiającego, abstrahując od związanych z ewentualnym wniesieniem odwołania trudności proceduralnych wynikających chociażby z brakiem skutku w postaci zatrzymania biegu terminu na udzielenie wyjaśnień), o tyle – jeżeli uważał, że jeżeli wezwanie wykracza poza treść postanowień SIWZ – mógł w ogóle powstrzymać się od ich udzielenia. W takiej sytuacji Zamawiający byłby zmuszony do oceny oferty Odwołującego w takim kształcie, w jakim została ona złożona.

Nie mogła odnieść skutku argumentacja Odwołującego odnosząca się do uprzednio zawartej z Zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego, na podstawie której realizowana był usługa zbliżona do aktualnie zamawianej oraz odnosząca się generalnie do doświadczenia w branży, na dowód czego przedłożono fragment umowy nr 2012/03/MSW z dnia 10 grudnia 2012 r. oraz szereg referencji potwierdzających należyte wykonanie usług. Odwołujący nie wykazał bowiem, że w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający kwestię interpretacji pojęcia „aktywnych linii lotniczych (przewoźników)” rozumiał tak, jak w treści formularza oferty (wraz z pouczeniem) oraz odpowiedzi na pytanie nr 2, udzielonej pismem z dnia 11 lipca 2014 r. Odwołujący nie udowodnił także, że w poprzednim przetargu również posłużył się liczbą 525 linii lotniczych oraz że na liście przewoźników zamieścił wówczas te same podmioty, które zamierzał wciągnąć na nią po wyborze jego oferty w Postępowaniu. Także twierdzenia o skorzystaniu przez Zamawiającego, na podstawie poprzedniej umowy, tylko z 53 linii lotniczych (w kontekście minimalnej zasobności narzędzia online) nie zasługiwały na uwzględnienie na obecnym etapie Postępowania. Mogły one ewentualnie stanowić podstawę wniesienia odwołania od postanowień SIWZ.

Reasumując, Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 38 ust. 4 Pzp stwierdzając, że w drodze wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie treści oferty nie doszło do niedozwolonej modyfikacji postanowień SIWZ.

Izba nie mogła również uwzględnić niczym nieuzasadnionych i ogólnikowo sformułowanych zarzutów naruszenia przepisów Znk oraz UOKiK. Abstrahując od tych okoliczności nie mogły one odnieść skutku chociażby z tego względu, że – jak to stwierdził sam Odwołujący – pozostają one w ścisłej korelacji z zarzutem naruszenia przepisu art. 7 Pzp, który to nie potwierdził się.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 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 (Dz.U.2010.41.238).

Przewodniczący: