

WYROK
z dnia 26 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lutego 2019 r. przez wykonawcę **WhyNotTravel Sp. z o.o., Sp. k., Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Politechnikę Gdańską, ul. G. Narutowicza 11/12, 80-233 Gdańsk**

przy udziale wykonawcy **Top Podróże, Pl. Zwycięstwa 1, 70-233 Szczecin**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów: (1) zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Biuro Podróży Britas Sp. z o.o., Al. Papieża Jana Pawła II 49a, 70-415 Szczecin ze względu na złożenie nierzetelnego wykazu, (2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Biuro Podróży Britas Sp. z o.o., Al. Papieża Jana Pawła II 49a, 70-415 Szczecin oraz wykonawcy Top Podróże Sp. z o.o. Pl. Zwycięstwa 1, 70-233 Szczecin, które nie zostały zabezpieczone

wadium, (3) zaniechania odtajnienia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wykonawcy Top Podróże Sp. z o.o. Pl. Zwycięstwa 1, 70-233 Szczecin, których utajnienie nie ma odpowiedniego uzasadnienia,

2. oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **WhyNotTravel Sp. z o.o., Sp. k., Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **WhyNotTravel Sp. z o.o., Sp. k., Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od wykonawcy **WhyNotTravel Sp. z o.o., Sp. k., Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn** na rzecz zamawiającego **Politechniki Gdańskiej, ul. G. Narutowicza 11/12, 80-233 Gdańsk** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 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 Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Usługa rezerwacji, sprzedaży i dostarczenia biletów lotniczych na potrzeby Politechniki Gdańskiej.” (ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 189-426664) przez Politechnikę Gdańską, 80-233 Gdańsk, ul. G. Narutowicza 11/12 (dalej „zamawiający”) wykonawca WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k., Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec:

1. badania i oceny ofert – zaniechania odrzucenia ofert wykonawców Biuro Podróży Britas Sp. z o.o. (dalej „Britas”) oraz Top Podróże sp. z o.o. (dalej „Top Podróże”), wykluczenia tych wykonawców z postępowania oraz wcześniejszego zaniechania ponownego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Top Podróże i ewentualnego zaniechania wyjaśnienia treści jego oferty,
2. wyboru oferty najkorzystniejszej zarówno z powodu, iż wybrano ofertę, która podlega odrzuceniu, jak i ze względu na fakt, iż nie jest to oferta najkorzystniejsza w świetle ustanowionych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert,
3. poprawienia omyłek w ofertach wykonawców Top Podróże oraz Britas, które w istocie nie stanowią omyłek,
4. zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Top Podróże,
5. ewentualnie zaniechania unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 1, poprzez nieprawidłowe poprawienie omyłek w ofercie wykonawcy Britas oraz w ofercie wykonawcy Top Podróże, które w istocie stanowiło negocjowanie treści ofert, co doprowadziło do przyjęcia nieprawidłowej klasyfikacji ofert w postępowaniu i błędnego wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2, poprzez wybiórcze poprawienie „omyłek pisarskich” w ofertach wykonawców,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia z postępowania ofert, które nie odpowiadają swoją treścią SIWZ,
4. art. 24 ust. 1 pkt 17, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców Britas oraz Top Podróże, którzy złożyli nierzetelne wykazy w postępowaniu,

5. art. 89 ust. 1 pkt 7b, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Britas oraz Top Podróże, które nie zostały zabezpieczone wadium,
6. art. 8 ust. 3, poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wykonawcy Top Podróże, których utajnienie nie ma odpowiedniego uzasadnienia,
7. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 3, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Top Podróż, która zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca nie wykazał odpowiednimi dowodami, iż jego oferta rażąco niskiej ceny nie zawiera – ocena oferty Top Podróże zmieniła się jedynie na skutek uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą poprzedniego odwołania złożonego przez odwołującego, natomiast wykonawca Top Podróże nie przedstawił żadnych nowych argumentów, twierdzeń lub dowodów,
8. art. 90 ust. 1, poprzez zaniechanie kolejnego wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy Top Podróże i przywrócenie go do postępowania bez takiego wezwania, mimo iż jego sytuacja jest diametralnie odmienna od sytuacji odwołującego,
9. ewentualnie art. 93 ust. 1 pkt 7, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo, iż oferty złożone w postępowaniu są nieporównywalne

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu podjęcia następujących czynności:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert bez uwzględniania ofert wykonawców Top Podróże oraz Britas,
3. odrzucenia ofert wykonawców Top Podróże oraz Britas,
4. wykluczenia wykonawców Top Podróże oraz Britas z postępowania,
5. odtajnienia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Top Podróż,
6. unieważnienia czynności poprawienia omyłek w ofertach Britas i Top Podróże.

W odniesieniu do naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołujący podał, że zgodnie z SIWZ oraz zmianami SIWZ z 31.10.2018 r. zamawiający wskazał w rozdziale XIV ust. 2, iż w celu oceny ofert w kryterium „bezpieczeństwo lotów” należy podać ilość: „pasażerskich linii lotniczych znajdujących się w rejestrze IATA Operational Safety Audit (IOSA), u których wykonawca może dokonać rezerwacji i zakupu biletów dla Zamawiającego.” oraz, że wykonawca załączy do oferty listę pasażerskich linii lotniczych, znajdujących się w rejestrze IATA Operational Safety Audit

(IOSA), u których może dokonać rezerwacji i zakupu biletów dla zamawiającego wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ. Lista stanowi integralną część oferty. W przypadku niedołączenia listy, wykonawca otrzyma 0 pkt w w/w kryterium.

Wskazał również, że w wykazie opartym na Załączniku nr 2 do SIWZ („wykaz”) wykonawcy mieli podać nazwę przewoźnika oraz termin wygaśnięcia obecności w rejestrze IATA Operational Safety Audit (IOSA) czyli termin, do którego wykonawca może dokonać rezerwacji i zakupu biletów dla zamawiającego dla danej linii jako linii znajdującej się w IOSA.

Odwołujący podał, że wykonawca Britas przedstawił w Załączniku nr 2 do SIWZ załączonym do oferty linie lotnicze, które nie figurowały w IATA Operational Safety Audit (IOSA) na dzień upływu terminu składania ofert np. poz. 9, poz. 10; poz. 136; poz. 186; poz. 291; poz. 408; poz. 430; poz. 436, zaś wykonawca Top Podróże w analogicznym załączniku do swojej oferty podał nieaktualne informacje, obejmujące linie, które nie figurowały na dzień upływu terminu składania ofert w IOSA, tj. poz. 112; poz. 180; poz. 254; poz. 386.

Oświadczył, że poinformował o tym fakcie zamawiającego pismem z dnia 21 listopada 2018 r., jednak zamawiający nie odpowiedział na to pismo, a zamiast tego 4 grudnia 2018 r. zawiadomił, że „na podstawie art. 87 ust 2 pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (...) zostały poprawione oczywiste omyłki pisarskie polegające na poprawieniu w kolumnie „termin wygaśnięcia obecności w rejestrze IATA Operational Safety Audit (IOSA)” – terminu na zgodny z informacją opublikowaną na oficjalnej stronie IATA pod bezpośrednim linkiem dla następujących pozycji wykazu stanowiącego zał. nr 2 do SIWZ:”, po czym wymienił linie wpisane w pozycjach: poz. 9, poz. 10; poz. 136; poz. 186; poz. 291; poz. 408; poz. 430; poz. 436 w przypadku wykonawcy Britas oraz poz. 112; poz. 180; poz. 254; poz. 386 w przypadku wykonawcy Top Podróże.

W ocenie odwołującego jest to działanie sprzeczne z prawem, gdyż nie stanowi w istocie poprawienia omyłek pisarskich, a niedozwolone negocjacje, co do treści złożonych ofert.

Stwierdził, że omyłka pisarska to widoczny gołym okiem, jasny dla wszystkich błąd w pisowni, w szczególności niepozostawiający wątpliwości, co do tego jaka była wola wykonawcy.

Uznał, że jeżeli chodzi o datę wygaśnięcia ww. linii w rejestrze IOSA to nie może być mowy o „omyłce” w rozumieniu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp – taką „omyłkę” da się zauważyć dopiero poprzez porównanie Załącznika nr 2 do SIWZ z rejestrem ze strony: <https://www.iata.org/whatwedo/safetv/audit/iosa/Pages/registrv.aspx>, jednak rejestr ten nie był załącznikiem do oferty ani nie stanowi treści żadnej z ofert.

Podkreślił, że zamawiający zauważył niezgodność ofert wykonawców Top Podróże oraz Britas z SIWZ dopiero po piśmie odwołującego.

Dodatkowo zaznaczył, że na dzień upływu terminu składania ofert „poprawione linie” nie figurowały w oficjalnym rejestrze, a wykonawcy Top Podróże oraz Britas użyli rejestrów z terminu wcześniejszego niż dzień upływu terminu składania ofert, co należy ocenić jako działanie rażąco niestaranne.

Stwierdził, że w sposób oczywisty wykonawcy Britas i Top Podróże deklarowali, iż zgodnie z posiadanymi przez nich informacjami na dzień upływu terminu składania ofert nie mogą dokonywać rezerwacji odpowiednio: w przypadku wykonawcy Britas w liniach wymienionych w poz. 9, poz. 10; poz. 136; poz. 186; poz. 291; poz. 408; poz. 430; poz. 436 wykazu, a w przypadku wykonawcy Top Podróże w liniach wymienionych w poz. 112; poz. 180; poz. 254; poz. 386 wykazu.

Odwołujący podał, że po takich zmianach, to jest po unieważnieniu czynności poprawienia omyłek zgodnie z pismami do wykonawców Top Podróże oraz Britas odwołujący będzie posiadał 411 linii w kryterium bezpieczeństwo lotów, natomiast wykonawca Top Podróże 410 linii, a wykonawca Britas 406 linii, co będzie to oznaczało, iż odwołujący otrzyma 100 punktów w kryteriach oceny ofert, wykonawca Top Podróże 99,93 punktu, a wykonawca Britas poniżej 49,7 punktu – zamówienie zostanie udzielone odwołującemu.

W odniesieniu do naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp odwołujący stwierdził, że czynność zamawiającego pismami z dnia 4 grudnia 2018 r. skierowanych do Top Podróże oraz Britas narusza zasady uczciwej konkurencji. Uzpełnił, że jeżeli już zamawiający dokonywał poprawienia „omyłek pisarskich”, polegających na błędnym uzupełnieniu pozycji i ma zamiar w tym celu posiłkować się rejestrem ze strony <https://www.iata.org/whatwedo/safetv/audit/iosa/Pages/registry.aspx> to powinien używać rejestru z dnia upływu terminu składania ofert lub powinien samodzielnie uzupełnić wszystkie braki w wykazach załączonych przez wszystkich wykonawców na podstawie załącznika nr 2 do SIWZ względem IOSA – poprawieniu podlegają także oczywiste omyłki polegające na nieuzupełnieniu danego pola, jeżeli jego treść jest oczywista.

Podniósł, że działanie zamawiającego pozostaje niezgodne z prawem, gdyż poprawienie lub uzupełnienie wykazu uzupełnionego na podstawie Załącznika nr 2 do SIWZ na podstawie porównania go z ww. linkiem nie stanowi poprawienia omyłki. Skoro jednak zamawiający zdecydował się na takie działanie to powinien konsekwentnie podejmować wszystkie czynności, co do ofert wykonawców w tym samym zakresie w ten sam sposób.

W odniesieniu do naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że dokumenty składane w postępowaniu powinny być aktualne na dzień ich złożenia, co oznacza, iż wykonawcy powinni byli usunąć z wykazu złożonego na

podstawie Załącznika nr 2 do SIWZ podmioty, które nie figurują w dostępnych rejestrach IOSA na dzień upływu terminu składania ofert, czego wykonawcy Britas i Top Podróże nie uczynili: w przypadku wykonawcy Britas dotyczy to linii wymienionych w poz. 9, poz. 10; poz. 136; poz. 186; poz. 291; poz. 408; poz. 430; poz. 436 wykazu, zaś w przypadku wykonawcy Top Podróże dotyczy to linii wymienionych w poz. 112; poz. 180; poz. 254; poz. 386 wykazu.

Zdaniem odwołującego wykonawcy Britas i Top Podróże wpisali do wykazów podmioty, co do których mieli podstawy, aby sądzić, iż nie figurują w rejestrze IOSA na dzień upływu terminu składania ofert

Odwołujący podał, że termin składania ofert (zgodnie z informacją z dnia 31 października 2018 r.) upływał 16 listopada 2018 r. – skoro w wykazie przedstawionym przez wykonawcę Top Podróże widnieje w pozycji 180 linia Go Airlines (India) Limited, która z rejestru IOSA miała zostać usunięta 22 października 2018 r. to należy sądzić, iż wykaz przedstawiony przez wykonawcę Top Podróże był aktualny najpóźniej na dzień 22 października 2018 r. – wykonawca Top Podróże nie zaktualizował swojego aneksu co najmniej przez 19 dni. Uzupełnił, że wykonawca Britas na tej samej zasadzie nie zaktualizował swojego wykazu od 22 października 2018 r. – w wykazie tego Wykonawcy linia Go Airlines (India) Limited znalazła się w poz. 186.

Odwołujący stanął na stanowisku, że nienależyta staranność wykonawców Britas oraz Top Podróże stanowi o niezgodności treści ich ofert z treścią SIWZ, gdyż złożyli nieaktualne na dzień składania ofert wykazy – wykazy nierzetelne wyłącznie z uwagi na ich niedbalstwo i lekkomyślność.

W odniesieniu do informacji w wyjaśnieniach wykonawcy Top Podróże odwołujący stwierdził, że jakiegokolwiek powołanie się na umowę z PLL LOT stanowi wprowadzenie zamawiającego w błąd, ponieważ wykonawca ten nie dysponuje umową prowizyjną od linii PLL LOT, może jedynie dysponować umowami na przeloty grupowe i innymi pomniejszych umowami, niegwarantującymi osiągnięcia zysku z realizacji zamówienia.

W odniesieniu do niezgodności treści oferty wykonawcy Top Podróże z treścią SIWZ oraz ewentualne naruszenie art 87 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podał, że zgodnie z Rozdziałem III ust. 19 SIWZ zakazane jest jakiegokolwiek dokonywanie przez wykonawcę modyfikacji ceny biletu wygenerowanego z systemu GDS oraz wskazanej na dokumencie potwierdzającym rzeczywistą cenę biletu w przypadku lotów realizowanych przez tzw. „tanich przewoźników”, w szczególności poprzez zwiększenie ceny biletu przewoźnika.

Podniósł, że wykonawca Top Podróże finansuje realizację zamówień za cenę 0,01 zł, powiększając cenę biletu o wartość opłat dodatkowych – co wynika z uchwały zarządu Top

Podróże Sp. z o.o. z dnia 01 marca 2018 r. w sprawie opłat finansowych w cenie biletu – UZOPF 01/03/2018.

W odniesieniu do naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp odwołujący podał, że zgodnie z Rozdziałem IX ust. 1 SIWZ każdy wykonawca zobowiązany jest przed terminem składania ofert zabezpieczyć swą ofertę wadium w wysokości: 85000,00 PLN.

Odwołujący stwierdził, że pomimo dwukrotnego udostępnienia mu dokumentacji postępowania nie przekazano dokumentu świadczącego o tym, aby wykonawca Britas lub Top Podróże wnieśli i przedłużyli wadium w postępowaniu, poza ogólną deklaracją z formularza oferty.

W odniesieniu do naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp odwołującemu oświadczył, że nie udostępniono mu wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Top Podróże, gdyż wyjaśnienia te zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Uzupełnił, że nie udostępniono mu także treści uzasadnienia tego zastrzeżenia.

Podniósł, że uzasadnienie to albo nie zostało złożone, albo posiada istotne braki – brak dowodów, brak wyraźnego wskazania, które informacje podlegają utajnieniu, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący stwierdził, że uwzględnienie odwołania nie stanowi przesłanki do przywrócenia w postępowaniu oferty wykonawcy Top Podróże sp. z o.o.

Podał, że wykonawca Top Podróże niezłożeniem odwołania przyznał, że zamawiający słusznie i w pełni zasadnie odrzucił jego ofertę.

Zdaniem odwołującego było to o tyle racjonalne działanie wykonawcy Top Podróże, iż wykonawca ten pozostaje w zupełnie innej sytuacji niż odwołujący, która to sytuacja uniemożliwiła wykazanie przez wykonawcę Top Podróże, iż jego oferta nie jest obciążona wadą rażąco niskiej ceny – wykonawca Top Podróże nie posiada umowy z PLL LOT S.A., czyli nie posiada umowy z najważniejszą na polskim rynku linią lotniczą i jego prowizja od linii lotniczej za przeloty realizowane przez PLL LOT S.A. ograniczałaby się jedynie 1/10.000 (jednej dziesięciotysięcznej) podstawy ceny biletu. Dodał, że wykonawca Top Podróże posiadał taką umowę z PLL LOT, ale przynajmniej od 2018 r. takiej umowy nie posiada i nie posiadał do upływu terminu składania ofert, gdy tymczasem odwołujący – jak oświadczył – wciąż dysponuje taką ważną umową.

Stwierdził, że wykonawca Top Podróże finansuje realizację zamówień za cenę 0,01 zł, przynajmniej okresowo i w pewnym zakresie, powiększając cenę biletu o wartość opłat dodatkowych.

Uznał na powyższej podstawie, że wykonawca Top Podróże nie mógł skutecznie wyjaśnić rażąco niskiej ceny wobec czego jego oferta powinna pozostać odrzucona.

W odniesieniu do naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podał, że pismem z dnia 8 stycznia 2019 r. przekazał zamawiającemu wszystkie informacje odnoszące się do naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art 90 ust. 3 w zw. z art 7 ust. 3 ustawy Pzp i załączył doń dowody, a mimo to zamawiający nie ponowił czynności wezwania w trybie art 90 ust. 1 ustawy Pzp chociaż pozyskanie nowych informacji w sprawie takie wezwanie uzasadnia.

W odniesieniu do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stwierdził, że jeżeli Izba uzna, iż możliwe było przedstawienie wykazu odpowiadającemu Załącznikowi nr 2 do SIWZ aktualnego po lub przed upływem terminu składania ofert to prowadzi to do nieporównywalności ofert w postępowaniu i powinno skutkować jego unieważnieniem.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 8 lutego 2019 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 20 lutego 2019 r., a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego zaprezentowanych w toku posiedzenia i rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania (jako całości) w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę (z wyjątkami jak niżej).

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie poddanych rozpoznaniu składu orzekającego Izby zarzutów. Nieprawidłowe dokonanie przez zamawiającego czynności badania i oceny oferty przystępującego – zaniechanie wykluczenia przystępującego, odrzucenia złożonej przez niego oferty, czy przyznanie ofercie przystępującego zbyt dużej liczby punktów oznaczałoby, że odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu (bezpośrednio za ofertą przystępującego) ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut nieprawidłowego poprawienia omyłek w ofercie wykonawcy Britas oraz w ofercie wykonawcy Top Podróże, które w istocie stanowiło negocjowanie treści ofert, co doprowadziło do przyjęcia nieprawidłowej klasyfikacji ofert w postępowaniu i błędnego wyboru oferty najkorzystniejszej, czym zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 w zw. z art 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, wbrew stanowisku zamawiającego, że zarzut nie jest spóźniony.

O ile rzeczywiście odwołujący już z Odpowiedzi na odwołanie złożonej przez zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2592/19 (pismo z dnia 28 grudnia 2018 r.) uzyskał informację o poprawieniu oczywistych omyłek pisarskich oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, w związku z czym nastąpiły zmiany w liczbie linii wskazanych przez wykonawców (co podniósł zamawiający na rozprawie), o tyle informacja ta nie była wystarczająca do poznania, na czym konkretnie polegały dokonane przez zamawiającego poprawy, a tym samym nie była wystarczająca do oceny przez odwołującego, czy były one w świetle ustawy Pzp dopuszczalne. Informacje te odwołujący pozyskał w dniu 24 stycznia 2019 r., tj. już po zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, kiedy to zamawiający udostępnił odwołującemu w szczególności zawiadomienia o poprawieniu oczywistych omyłek pisarskich w ofertach wykonawców Britas i Top Podróże (pisma z dnia 4 grudnia 2018 r.).

Skład orzekający Izby wskazuje, że oferta wykonawcy Britas została sklasyfikowana przez zamawiającego (pismo z dnia 23 stycznia 2019 r. – Zawiadomienie o wyniku postępowania) na miejscu trzecim (ostatnim), uzyskując łącznie 50,12 pkt., zaś oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim (za ofertą przystępującego), uzyskując 99,82 pkt., co oznacza, że oferta wykonawcy Britas „nie zagraża” ofercie odwołującego, a tym samym, że odwołujący nie ma interesu w kwestionowaniu oferty tego wykonawcy z tego powodu, że zamawiający przyznał ofercie tego wykonawcy zbyt dużą liczbę punktów w kryterium „bezpieczeństwo lotów”.

Wobec powyższego skład orzekający Izby rozpoznał zarzut wyłącznie w zakresie dotyczącym wykonawcy Top Podróże, którego oferta została sklasyfikowana wyżej od oferty odwołującego. Potwierdzenie się zarzutu przyznania ofercie tego wykonawcy zbyt dużej liczby punktów w kryterium „bezpieczeństwo lotów” oznacza, że odwołujący miałby szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem XI SIWZ Opis sposobu przygotowania oferty pkt 1: *„Oferta musi zawierać następujące oświadczenia i dokumenty: 1) wypełniony formularz ofertowy sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, dokument ma umożliwiać dokonanie oceny oferty w kryteriach oceny ofert opisanych w rozdziale XIV SIWZ”.*

Zgodnie z rozdziałem XI SIWZ Opis sposobu przygotowania oferty pkt 3 Forma oferty ppkt 1): *„Ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz dokumenty wymienione w rozdziale VI SIWZ”. W rozdziale VI SIWZ zamawiający wskazał „Wykaz oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.”*

Zgodnie z rozdziałem XIV SIWZ Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, w brzmieniu nadanym ostatecznie pismem z dnia 31 października 2018 r. jako jedno z kryteriów zostało wskazane „bezpieczeństwo lotów” (zmiana nr 3) rozumiane jako *„możliwość rezerwacji i zakupu biletów w bezpiecznych liniach lotniczych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia”* (zmiana nr 4). Zamawiający, w ramach zmiany nr 4, podał także: *„W celu ofert w kryterium „bezpieczeństwo lotów”, Wykonawca załączy do oferty listę pasażerskich linii lotniczych, znajdujących się w rejestrze IATA Operational Safety Audit (IOSA), u których może dokonać rezerwacji i zakupu biletów dla Zamawiającego, wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ. Lista stanowi integralną część oferty. W przypadku niedołączenia listy, Wykonawca otrzyma 0 pkt w w/w kryterium.”*

Zgodnie ze spisem załączników do SIWZ, załącznikami tymi były m.in. załącznik nr 1 – formularz ofertowy oraz załącznik nr 2 – wzór wykazu linii lotniczych.

W pkt. 3 Formularza ofertowego (Załącznik nr 1 do SIWZ) zamawiający ujął następującą, pozostawioną do wypełnienia przez wykonawcę treść: *„Oświadczamy, że obsługujemy linii lotniczych, u których możemy dokonać rezerwacji i zakupu biletów dla Zamawiającego, znajdujących się w rejestrze IATA Operational Safety Audit (IOSA). Do oferty dołączamy wymagany wykaz, który stanowi integralną część oferty.”*

Wzór Wykazu obsługiwanych linii lotniczych (Załącznik nr 2 do SIWZ) przewidywał wypełnienie przez wykonawcę tabeli, obejmującej następujące kolumny: (1) LP, (2) Nazwa przewoźnika, (3) Państwo przewoźnika, (4) Termin wygaśnięcia obecności w rejestrze IATA Operational Safety Audit (IOSA).

Wykonawca Top Podróże w pkt. 3 Formularza ofertowego oświadczył, że obsługuje 420 linie lotnicze oraz załączył wypełniony Wykaz obsługiwanych linii lotniczych – 420

pozycje.

Pismem z dnia 4 grudnia 2018 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zawiadomił wykonawcę Top Podróże o poprawieniu oczywistych omyłek pisarskich, polegających na „poprawieniu w kolumnie „*termin wygaśnięcia obecności w rejestrze IATA Operational Safety Audit (IOSA)*” – *terminu na zgodny z informacją opublikowaną na oficjalnej stronie IATA pod bezpośrednim linkiem https (...)*” w czterech następujących pozycjach 112, 180, 254 i 386.

Zamawiający poprawił odpowiednio daty: (1) 28.10.2018 na 28.11.2018, (2) 22.10.2018 na 22.10.2020, (3) 26.10.2018 na 26.11.2018, (4) 12.11.2018 na 12.11.2020.

Pismem z dnia 4 grudnia 2018 r. wykonawca Top Podróże oświadczył: „*W związku z zawiadomieniem o poprawieniu oczywistych omyłek (...) wyrażam zgodę na ich poprawienie.*”

Pismem z dnia 23 stycznia 2019 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Top Podróże.

Uzupełniająco podać należy, że w przypadku wykonawcy Top Podróże zamawiający w kryterium „bezpieczeństwo lotów” uwzględnił 414 pozycji (nie uwzględnił znajdujących się na liście 8 linii cargo – zawiadomienie o poprawieniu innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty z dnia 4 grudnia 2018 r.).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do stanowiska odwołującego, że w wykazie opartym na załączniku nr 2 do SIWZ wykonawcy mieli podać 2 informacje istotne dla oceny ofert (pkt 14 odwołania) skład orzekający Izby podnosi, że nie znajduje ono potwierdzenia w postanowieniach SIWZ co najmniej w zakresie terminu wygaśnięcia obecności danej linii lotniczej w rejestrze IATA.

Pomimo, że bez wątplenia zamawiający przewidział, opracowując wzór załącznika nr 2, że wykonawcy w wypełnionych wykazach mieli podać w ww. termin w odniesieniu do każdej linii lotniczej, to jednocześnie zamawiający nie przewidział w treści SIWZ żadnego postanowienia, które uzasadniałoby twierdzenie o niezbędności podania tego terminu dla możliwości oceny oferty w kryterium „bezpieczeństwo lotów”.

Dostrzec bowiem należy, że w przypadku kryterium „bezpieczeństwo lotów” zamawiający przewidział oceną ofert na podstawie listy pasażerskich linii lotniczych (rozdział XIV pkt 4 SIWZ) – wystarczającymi dla ustalenia takiej listy były informacje podane przez wykonawcę w kolumnach: „Nazwa przewoźnika” oraz „Państwo przewoźnika”, tym bardziej że zamawiający nie wskazał wg stanu na jaki dzień ujmowane przez wykonawców w wykazie linie mają znajdować się w rejestrze IATA, co oznacza, że zamawiający – choć zobowiązany

jest do jednoznacznego artykułowania swoich wymagań – nie udzielił wykonawcom wystarczających wskazówek co do sposobu wypełnienia kolumny dotyczącej terminu wygaśnięcia obecności linii w rejestrze.

Co więcej, w rozdziale XI pkt 1 ppkt 1 SIWZ zamawiający za dokument umożliwiający dokonanie oceny oferty w kryteriach oceny (a więc także w kryterium „bezpieczeństwo lotów”) uznał wyłącznie wypełniony formularz ofertowy, w którym – co wynika z opracowanego przez zamawiającego wzoru załącznika nr 1 wykonawcy mieli wskazać w pkt. 3 linię obsługiwanych linii lotniczych – na tej podstawie można przyjąć, że ocena mogła zostać dokonana na podstawie deklaracji z załącznika nr 1.

Wykonawca Top Podróże wskazał w swoim Formularzu ofertowym i Wykazie 422 pozycje, z których zamawiający nie uwzględnił 8 linii cargo, czego odwołujący nie kwestionował.

Dostrzec należy wątpliwość, w świetle treści postanowień SIWZ, czy rzeczywiście wypełniony przez wykonawców załącznik nr 2 stanowił treść oferty, czy jedynie załącznik do tejże oferty (stanowiąc ofertę w sensie largo jako zbiór wszystkich dokumentów, czy materiałów złożonych przez wykonawcę).

Z jednej bowiem strony zamawiający wskazał, że ofertę stanowi wyłącznie wypełniony formularz ofertowy (rozdział XI pkt 3 ppkt 1 SIWZ), a zatem oferta to załącznik nr 1, którego w przypadku wykonawcy Top Podróże odwołujący nie kwestionował, z drugiej strony zamawiający wskazał, że lista linii/wykaz stanowi integralną część ofert, a zatem oferta to załącznik nr 2 (rozdział XIV pkt 4 SIWZ).

Na tym tle jawi się także wątpliwość, czy dokonując poprawienia omyłek w Wykazie wykonawcy Top Podróże zamawiający poprawiał treść oferty tego wykonawcy i czy w ogóle można mówić o negocjacjach treści oferty (pkt 19 odwołania).

Biorąc pod uwagę wskazane powyżej postanowienia SIWZ, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że poprawianie informacji ujętych w kolumnie dotyczącej terminu wygaśnięcia obecności linii w rejestrze IATA załącznika nr 2 wykonawcy Top Podróże pozostaje bez znaczenia z punktu widzenia poprawności złożonej oferty wraz z załącznikami oraz możliwości oceny ofert w kryterium „bezpieczeństwo lotów”.

W ocenie składu orzekającego Izby zamawiający, poprawiając ww. informacje dokonał w istocie, na podstawie rejestru IATA, weryfikacji deklaracji oświadczenia wykonawcy z Formularza ofertowego co do liczby linii lotniczych, u których wykonawca może dokonać rezerwacji i zakupu biletów dla zamawiającego, znajdujących się w rejestrze IATA.

Niezależnie od tego, czy niezgodności w zakresie terminu wygaśnięcia obecności linii w rejestrze IATA w wykazie wykonawcy Top Podróże kwalifikują się do oczywistych omyłek

pisarskich, czy nie, dokonanie ich poprawienia przez zamawiającego pozostaje bez wpływu na ocenę oferty wykonawcy Top Podróże w kryterium „bezpieczeństwo lotów”, a tym samym bez wpływu na wynik postępowania, polegający na wyborze oferty wykonawcy Top Podróże jako najkorzystniejszej. Analiza postanowień SIWZ prowadzi bowiem, jak podniesiono powyżej, do wniosku, że ocena w tym kryterium „bezpieczeństwo lotów” była możliwa jeśli nie na podstawie samej deklaracji wykonawców z pkt. 3 Formularza ofertowego, to na podstawie tej części wykazu – listy, na którą składają się informacje dotyczące nazwy i państwa przewoźnika.

Skład orzekający Izby uznał, że uwzględnienie odwołania ze względu na podniesieniu w odwołania tego zarzutu nie było możliwe.

Zarzut wybiórczego poprawienia „omyłek pisarskich” w ofertach wykonawców, czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Zarzut sprowadza się do tego, że *„Jeżeli już Zamawiający dokonywał poprawienia „omyłek pisarskich” polegających na błędnym uzupełnieniu pozycji i ma zamiar w tym celu posiłkować się rejestrem ze strony <https> (...) to: i. Powinien używać rejestru z dnia upływu terminu składania ofert lub ii. Powinien samodzielnie uzupełniać wszystkie braki w wykazach załączonych przez wszystkich Wykonawców na podstawie załącznika nr 2 do SIWZ względem IOSA – poprawieniu podlegają także oczywiste omyłki polegające na nieuzupełnieniu danego pola, jeżeli jego treść jest oczywista.”* (pkt 26 odwołania)

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby zauważa, że odwołujący nie wskazał, czy chodzi o zaniechanie poprawienia wykazu, który został złożony przez samego odwołującego.

Zakładając jednak, że odwołującemu chodzi właśnie o zaniechanie poprawienia wykazu, który sam złożył, podnieść należy, że odwołujący nie podał nawet, czy w odniesieniu do złożonego przez niego wykazu w ogóle istnieje „potrzeba” dokonania poprawek – nie wskazał bowiem żadnej pozycji wymagającej poprawienia, której „nie dostrzegł” zamawiający.

Odwołujący nie wskazał także, a tym bardziej nie wykazał, że „omyłki” w jego wykazie są takiego samego rodzaju jak omyłki w wykazach pozostałych dwóch wykonawców, które zamawiający poprawił.

Bezspornie z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji dochodzi wówczas, gdy zamawiający wykonawców znajdujących się „w tej samej sytuacji” traktuje w odmienny sposób.

Tymczasem odwołujący nie tylko nie wykazał, że złożony przez niego wykaz zawiera oczywiste omyłki, wymagające poprawy w ten sam sposób (wg takiej samej „metody”)

w jaki zostały poprawione wykazy wykonawcy Britas i Top Podróże, ale – na co skład orzekający Izby zwrócił już uwagę – nie wskazał nawet, że wykaz odwołującego poprawienia przez zamawiającego wymaga.

Z całą pewnością zastosowanie w odniesieniu do niektórych wykonawców instytucji poprawy oczywistych omyłek nie uzasadnia automatycznie, w odniesieniu do wszystkich innych wykonawców, dokonania poprawek niezależnie od tego czego dotyczą i na czym miałyby polegać, ponieważ ocena dopuszczalności poprawy omyłek danego wykonawcy byłaby dokonana na podstawie okoliczności dotyczących innego wykonawcy, co pozostawałoby w sprzeczności z obowiązkiem poprawienia przez zamawiającego tylko takich omyłek, które mają charakter omyłek oczywistych (pisarskich i rachunkowych). To konkretna omyłka w wykazie odwołującego, o ile taka w nim występuje, wymaga oceny, czy jest omyłką oczywistą,

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania odrzucenia ofert wykonawców Britas oraz Top Podróże, które nie odpowiadają swojej treści SIWZ, czym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców Britas oraz Top Podróże, którzy złożyli nierzetelne wykazy w postępowaniu, czym zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp

Odwołujący zaprezentował swoje stanowisko łącznie w odniesieniu do obu zarzutów („Naruszenie art. 89 ust. 1 pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp”, pkt 28-34 odwołania) wobec czego w ten sam sposób, tj. łącznie odniesie się do nich skład orzekający Izby.

Odwołujący oświadczył na posiedzeniu, że cofa zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Britas ze względu na złożenie nierzetelnego wykazu (zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp) wobec czego skład orzekający umorzył postępowanie odwoławcze w zakresie tego zarzutu, uznając, że orzekanie w tymże zakresie stało się bezprzedmiotowe.

Skład orzekający Izby wskazuje, że oferta wykonawcy Britas została sklasyfikowana przez zamawiającego (pismo z dnia 23 stycznia 2019 r. – Zawiadomienie o wyniku postępowania) na miejscu trzecim (ostatnim), uzyskując łącznie 50,12 pkt., zaś oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim (za ofertą przystępującego), uzyskując 99,82 pkt., co oznacza, że oferta wykonawcy Britas „nie zagraża” ofercie odwołującego, a tym samym, że odwołujący nie ma interesu w kwestionowaniu oferty tego wykonawcy z tego powodu, że nie odpowiada ona treści SIWZ.

Wobec powyższego skład orzekający Izby rozpoznał zarzuty wyłącznie w zakresie dotyczącym wykonawcy Top Podróże, którego oferta została sklasyfikowana wyżej od oferty odwołującego. Potwierdzenie się zarzutu bezpodstawnego zaniechania wykluczenia wykonawcy Top Podróże i odrzucenia oferty tego wykonawcy oznacza, że odwołujący miałby szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący twierdził, że wykaz (Załącznik nr 2) wykonawcy Top Podróże jako dokument składany w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego choć powinien, nie był aktualny na dzień jego złożenia (na dzień składania ofert, tj. 16 listopada 2018 r.), ponieważ ujęto w nim pozycje (112, 180, 254 i 386) – linie lotnicze, „które nie figurują w dostępnych rejestrach IOSA na dzień upływu składania ofert” (pkt 28 odwołania) i wykonawca Top Podróże zadeklarował „przewóz liniami, które nie figurowały w rejestrze IOSA na dzień upływu składania ofert” (pkt 28 odwołania).

Na rozprawie odwołujący złożył dwa rejestry, opisując je jako: „Rejestr Aktualny na dzień 21.02.2019 r.”, drugi „Rejestr sprzed terminu składania ofert”.

Z oczywistych względów, jako rejestr, który nie istniał w dacie sporządzenia przez wykonawcę Top Podróże Formularza ofertowego i będącego doń załącznikiem wykazu (Załączniku nr 2), tj. w dacie 14 listopada 2018 r. irrelevantne pozostają informacje ujęte w wykazie z 21 lutego 2019 r. (abstrahując nawet od tego, że odwołujący nie wykazał, że rzeczywiście z tej daty pochodzi Rejestr).

Także na podstawie drugiego ze złożonych przez odwołującego rejestrów nie można było pozyskać informacji pozwalających na weryfikację, czy wykonawca Top Podróże ujął w swoim wykazie linie lotnicze, które na dzień upływu terminu składania ofert nie figurowały w rejestrze IOSA, ponieważ odwołujący ani nie wskazał tego, z jakiej konkretnie daty „sprzed terminu składania ofert” pochodzi ów rejestr, ani tego, że rzeczywiście rejestr o takiej treści istniał.

Uwzględniając powyższe oraz przepis art. 190 ust. 1 ustawy Pzp zdanie pierwsze („Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.”) skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nie sprostął obowiązkowi w zakresie ciężaru dowodu i nie wykazał, że wykonawca Top Podróże zadeklarował w swoim wykazie (Załącznik nr 2) przewóz liniami, które nie figurowały w rejestrze IOSA na dzień upływu terminu składania ofert, tj. 16 listopada 2018 r.

Skład orzekający Izby nie miał zatem podstaw, aby uznać nierzetelność złożonego przez wykonawcę Top Podróże wykazu, czy jego niezgodność z treścią SIWZ, a w konsekwencji także, że wykonawca ten przedstawił zamawiającemu jakiegokolwiek

informacje wprowadzające zamawiającego w błąd.

Niezależnie od powyższego dostrzec należy, że odwołujący nie wykazał, że wykonawca Top Podróże działał lekkomyślnie lub niedbale, ograniczając się do lakonicznej prezentacji własnej oceny: *„Nienależyta staranność Wykonawców Britas oraz Top Podróże stanowi o niezgodności treści ich ofert z treścią SIWZ, gdyż złożyli nieaktualne na dzień składania ofert wykazy. Co więcej wykazy złożone przez ww. Wykonawców są bez wątpienia nierzetelne wyłącznie z uwagi na ich niedbalstwo i lekkomyślność – Odwołujący nie przypisuje tutaj zamiary bezpośredniego, gdyż ani Britas, ani Top Podróże nie próbowali zamaskować swoich błędów.”* (pkt 34 odwołania)

Zarzut zaniechania odrzucenia ofert wykonawców Britas oraz Top Podróże, które nie zostały zabezpieczone wadium, czym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Wobec oświadczenia odwołującego złożonego na posiedzeniu, iż cofa w całości ten zarzut skład orzekający Izby umorzył postępowanie odwoławcze w zakresie tego zarzutu, uznając, że orzekanie w tymże zakresie stało się bezprzedmiotowe.

Zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wykonawcy Top Podróże, których utajnienie nie ma odpowiedniego uzasadnienia, czym zamawiający naruszył art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec oświadczenia zamawiającego w Odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 20 lutego 2019 r.), że uznaje zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Top Podróże (str. 1) oraz wobec złożonego na posiedzeniu przez przystępującego – wykonawcy Top Podróże oświadczenia, że nie wnosi sprzeciwu w tym zakresie skład orzekający umorzył postępowanie odwoławcze w zakresie tego zarzutu, uznając, że orzekanie w tymże zakresie stało się bezprzedmiotowe.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Top Podroż, która zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca nie wykazał odpowiednimi dowodami, iż jego oferta rażąco niskiej ceny nie zawiera – ocena oferty Top Podróże zmieniła się jedynie na skutek uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą poprzedniego odwołania złożonego przez odwołującego, natomiast wykonawca Top Podróże nie przedstawił żadnych nowych argumentów, twierdzeń lub dowodów, czym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp jako spóźniony nie mógł zostać rozpoznany.

Pismami z dnia 23 listopada 2018 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 90

ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego i odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

Przystępujący i odwołujący, przy pismach z dnia 26 i 29.11.2018 r., złożyli wyjaśnienia.

Pismem z dnia 6 grudnia 2018 r. zamawiający zawiadomił przystępującego i odwołującego o odrzuceniu ich ofert z powołaniem się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp – *„ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zawierają rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”*.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 stycznia 2019 r., zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 2592/18 (odwołującym był obecny odwołujący), uwzględniając odwołanie i umarzając je w zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty wykonawcy Top Podróże Sp. z o.o. (obecnego przystępującego) w związku z cofnięciem tego zarzutu przez odwołującego, nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o.o., Sp. k., Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn (obecnego odwołującego) oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Pismami z dnia 11 stycznia 2019 r. zamawiający zawiadomił wykonawców (przesyłając pisma drogą elektroniczną) o unieważnieniu czynności odrzucenia oferty obecnego odwołującego oraz obecnego przystępującego, wskazując w przypadku przystępującego: *„(...) w związku z unieważnioną zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 stycznia 2019 r. KIO 2592/18 czynnością odrzucenia oferty wykonawcy WhyNotTravel (...) oraz ponownym badaniem i oceną ofert, działając zgodnie z wynikającą z art. 7 ustawy (...) zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców unieważnia czynność odrzucenia oferty złożonej przez TOP PODRÓŻE (...). W związku z powyższym Zamawiający przystąpi do ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem ofert złożonych przez: 1. WhyNotTravel (...) 2. TOP PODRÓŻE (...).”*

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało wniesione z uchybieniem dziesięciodniowego terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, którego bieg rozpoczął się 12 stycznia 2019 r., a zakończył 21 stycznia 2019 r.

Bezsprzecznie oferta przystępującego została odrzucona pismem z dnia 23 listopada 2018 r. (po złożeniu przez przystępującego wyjaśnień na wezwanie zamawiającego) i unieważnienie tej czynności nie zostało nakazane wyrokiem Izby z dnia 2 stycznia 2018 r., co wynika wprost z jego sentencji.

Zawiadomienie wykonawców, w tym odwołującego o przywróceniu oferty przystępującego – w związku z ww. wyrokiem i w oparciu o *„wynikającą z art. 7 ustawy (...) zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”* – nie mogło pozostawiać

wątpliwości co do tego, że w świetle złożonych uprzednio przez przystępującego wyjaśnień oferta tego wykonawcy nie podlega odrzuceniu i zostanie – jako niepodlegająca odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wobec złożonych wyjaśnień – poddana, tak jak oferta odwołującego, badaniu i ocenie (z zastosowaniem ustalonym w postępowaniu kryteriów oceny ofert). Nieracjonalnym jest bowiem założenie, że zamawiający przywrócił ofertę przystępującego po jej odrzuceniu z tego powodu, że jej „złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia” z zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (czego Izba nie nakazała, a wobec czego oferta przystępującego „mogła pozostać odrzuconą”), po to, aby następnie ponownie ją odrzucić z tego samego powodu, tj. że zawiera cenę rażąco niską, dysponując już wyjaśnieniami złożonymi przez przystępującego.

Skład orzekający Izby podkreśla, że treść wyjaśnień wykonawcy Top Podróże nie była znana odwołującemu w dniu 4 lutego 2019 r., w którym wniósł przedmiotowe odwołanie, co nie uniemożliwiło odwołującemu zaprezentowania swojego stanowiska i argumentacji (pkt 39-43 odwołania). Odwołanie takie, także przy braku dostępu do treści wyjaśnień przystępującego, zastrzeżonych jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, odwołujący mógł złożyć w terminie do 21 stycznia 2019 r.

Złożenie odwołania w dniu 4 lutego 2019 r. z przedmiotowym zarzutem uznać należy, skoro termin upłynął 21 stycznia 2019 r., za spóźniony.

Odwołanie z takim zarzutem zostałyby przez skład orzekający Izby odrzucone na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), co w tym jednak przypadku – ze względu na objęcie odwołaniem innych zarzutów (z zachowaniem terminu) – nie mogło nastąpić.

Zarzut spóźniony nie mógł jednak zostać rozpoznany przez skład orzekający Izby – stanowiłoby to obejście przepisów dotyczących terminów wnoszenia odwołań.

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że w sprawie o sygn. akt KIO 2592/18 odwołujący utrzymywał, że zarówno jego oferta, jak i oferta przystępującego są ofertami, które nie zawierają cen rażąco niskich, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie obu ofert – tym samym odwołujący prezentował stanowisko, iż wyjaśnienia złożone przez obu wykonawców nie dawały zamawiającemu podstaw do uznania, iż ceny obu wykonawców są rażąco niskie.

Zarzut zaniechanie kolejnego wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy Top Podróże i przywrócenie go do postępowania bez takiego wezwania, mimo iż jego sytuacja jest diametralnie odmienna od sytuacji odwołującego, czym zamawiający

naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Zarzut sprowadza się do tego, że zamawiający winien skierować do przystępującego kolejne wezwanie (drugie po wezwaniu z dnia 23 listopada 2018 r.) do złożenia wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanej ceny ze względu na pozyskanie od odwołującego (pismo z dnia 8 stycznia 2019 r.) nowych informacji dotyczących wykonawcy Top Podróże.

Nowe informacje to taka, iż *„Wykonawca ten pozostaje w zupełnie innej sytuacji niż Wykonawca WhyNotTravel, która to sytuacja uniemożliwiła wykazanie przez Wykonawcę Top Podróże, iż jego oferta nie jest obciążona wadą rażąco niskiej ceny”*, ponieważ:

- *„Wykonawca Top Podróże nie posiada umowy z najważniejszą na polskim rynku linią lotniczą i jego prowizja od linii lotniczej za przeloty realizowane przez PLL LOT S.A. ograniczałaby się jedynie 1/10.000 (jednej dziesiętysięcznej) podstawy ceny biletu. Wykonawca Top Podróże posiadał taką umowę z PLL LOT, ale przynajmniej od 2018 r. takiej umowy nie posiada i nie posiadał do upływu terminu składania ofert. Tymczasem WhyNotTravel wciąż dysponuje taką ważną umową”*,
- *„Wykonawca Top Podróże finansuje realizację zamówień za cenę 0,01 zł, przynajmniej okresowo i w pewnym zakresie, powiększając cenę biletu o wartość opłat dodatkowych.”*

W ocenie składu orzekającego Izby odwołujący oparł zarzut na błędnym założeniu, że skoro wykonawca Top Podróże *„pozostaje w zupełnie innej sytuacji”* niż odwołujący, to nie mógł skutecznie wyjaśnić rażąco niskiej ceny. Równie dobrze założenie to można odwrócić i twierdzić, że skoro odwołujący *„pozostaje w zupełnie innej sytuacji”* niż wykonawca Top Podróże to nie mógł skutecznie wyjaśnić rażąco niskiej ceny.

Przypomnienia wymaga, że ocena charakteru zaoferowanej przez wykonawcę ceny (rażąco niskiego) może być dokonana przez zamawiającego wyłącznie na podstawie wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę (por. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Wykonawca Top Podróże wyjaśnienia takie złożył i ostatecznie zostały one uznane przez zamawiającego za wystarczające do uznania, że oferta wykonawcy Top Podróże nie zawiera ceny rażąco niskiej (co znalazło swój wyraz w przywróceniu oferty tego wykonawcy pismem zamawiającego z dnia 11 stycznia 2019 r.).

Skoro tak, to – w ocenie składu orzekającego Izby – rozważenie zasadności skierowanie do wykonawcy Top Podróże kolejnego wezwania wymagało nie tylko wykazania, że okoliczności ponoszone przez odwołującego są prawdziwe, ale także choćby uprawdopodobnienia, że mają one znaczenia dla sytuacji wykonawcy Top Podróże.

Odwołujący nie wykazał na jakiej podstawie i dlaczego twierdzi, że wykonawca Top Podróże finansuje realizację zamówień za cenę 0,01 zł, przynajmniej okresowo i w pewnym

zakresie, powiększając cenę biletu o wartość opłat dodatkowych. Wskazał jedynie zdawkowo, że jakieś dowody zostały załączone do pisma z dnia 8 stycznia 2019 r. (pkt 44 odwołania), nie składał w tym zakresie dowodów na rozprawie.

W odniesieniu do umowy z PLL LOT podnieść należy, że o ile przystępujący nie kwestionował faktu, że nie posiada umowy z PLL LOT (twierdząc jednocześnie, że w swoich wyjaśnieniach się na nią w ogóle nie powoływał), o tyle odwołujący winien choćby uprawdopodobnić, że brak umowy z PLL LOT oznacza w sytuacji wykonawcy Top Podróże i w świetle złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień (które zostały „odtajnione” przez zamawiającego przez terminem posiedzenia i rozprawy), że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską.

Tymczasem odwołujący nie zaprezentował w odwołaniu żadnej w tym zakresie argumentacji, czy dowodów, a na rozprawie poprzestał na gołosłownych i ogólnych twierdzeniach, a to iż „*PLL LOT ma 30% udział w rynku krajowym*”, czy „*prowinie od linii lotniczych pozwalają na zarobek agenta, GDS pozwala na przychód około 8-24 zł, a w przypadku IATA to wynagrodzenie symboliczne*”.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania kolejnego wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy Top Podróże i przywrócenie go do postępowania bez takiego wezwania, mimo iż jego sytuacja jest diametralnie odmienna od sytuacji odwołującego nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania unieważnienia postępowania pomimo, iż oferty złożone w postępowaniu są nieporównywalne, czym zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jako spóźniony nie mógł zostać rozpoznany.

Nieporównywalności ofert odwołujący upatrywał w postanowieniu SIWZ w brzmieniu nadanym przez zamawiającego ostatecznie zmianą z 31 października 2018 r., tj. „*Kryterium bezpieczeństwa lotów rozumiane jako możliwość rezerwacji i zakupu biletów w bezpiecznych liniach lotniczych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia rozpatrywane będzie na podstawie następującego wzoru (...)*” – rozdział XIV pkt 4.

W związku z tym, że treść zacytowanego powyżej postanowienia SIWZ została zamieszczana przez zamawiającego na jego stronie internetowej 31 października 2018 r. termin na złożenie odwołania upłynął (zgodnie z 182 ust. 3 pkt 1 oraz art. 185 ust. 8 ustawy Pzp) 12 listopada 2018 r. (10 listopada 2018 r. – sobota, 11 listopada 2018 r. – niedziela).

Złożenie odwołania w dniu 4 lutego 2019 r. z zarzutem zaniechania unieważnienia postępowania w konsekwencji nieporównywalności ofert wynikającej z postanowienia SIWZ w brzmieniu ustalonym 31 października 2018 r. należy uznać za spóźniony.

Odwołanie z takim zarzutem zostałoby przez skład orzekający Izby odrzucone na

podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), co w tym jednak przypadku – ze względu na objęcie odwołaniem innych zarzutów (z zachowaniem terminu) – nie mogło nastąpić.

Zarzut spóźniony nie mógł jednak zostać rozpoznany przez skład orzekający Izby – stanowiłoby to obejście przepisów dotyczących terminów wnoszenia odwołań.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący