

Sygn. akt: **KIO 69/18**  
**KIO 89/18**

**WYROK**  
**z dnia 31 stycznia 2018 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Ewa Kisiel**

**Protokolant:** **Edyta Paziewska**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 25 stycznia 2018 r. odwołań, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 15 stycznia 2018 r. przez wykonawcę **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Kielnarowej,**

B. w dniu 15 stycznia 2018 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Turystyczno-Handlowe Supertour Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Politechnikę Warszawską z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale:

A. wykonawcy **Biuro Podróży "Bioton Tour" M. Ż.-R., B. R. Sp. j. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 69/18 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy **Przedsiębiorstwo Turystyczno-Handlowe Supertour Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 69/18 po stronie zamawiającego,

C. wykonawcy **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Kielnarowej,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 89/18 po stronie odwołującego

**orzeka:**

1.

A. **Uwzględnia odwołanie wykonawcy WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Kielnarowej (sygn. akt KIO 69/18) i nakazuje Zamawiającemu - Politechnice Warszawskiej z siedzibą w Warszawie:**

— **unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,**

- unieważnieniem czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Kielnarowej,**
- ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty, złożonej przez wykonawcę **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Kielnarowej.**

**B. Oddala odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Turystyczno-Handlowe Supertour Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 89/18).**

2. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego - Politechnikę Warszawską z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 69/18)** oraz **Odwołującego - Przedsiębiorstwo Turystyczno-Handlowe Supertour Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 89/18)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Kielnarowej (sygn. akt KIO 69/18)** oraz wykonawcę **Przedsiębiorstwo Turystyczno-Handlowe Supertour Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 89/18)**, tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Zamawiającego - Politechniki Warszawskiej z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 69/18)** na rzecz wykonawcy - **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Kielnarowej** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Turystyczno-Handlowe Supertour Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 89/18)** na rzecz **Zamawiającego - Politechniki Warszawskiej z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione 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 2017 r., poz. 1579) 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:** .....

**Sygn. akt: KIO 69/18**  
**KIO 89/18**

## **UZASADNIENIE**

Politechnika Warszawa z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”), na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) - zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „usługi rezerwacji, zakupu i dostawy biletów lotniczych, kolejowych, autobusowych i promowych na międzynarodowych przewozach pasażerskich”. Znak sprawy: ZP.U.LW.22.17.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 czerwca 2017 r. pod numerem 2017/S119-240023 w dniu 24 czerwca 2017 r.

W dniu 3 stycznia 2018 r. wykonawca WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Kielnarowej (dalej: "WhyNotTravel" lub „Odwołujący”) został powiadomiony przez Zamawiającego drogą elektroniczną o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

W dniu 4 stycznia 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w tym wykonawcę Przedsiębiorstwo Turystyczno-Handlowe Supertour Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Supertour” lub „Odwołujący”) o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznano ofertę wykonawcy Biuro Podróży "Bioton Tour" M. Ż.-R., B. R. Sp. j. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Bioton”).

### **KIO 69/18**

W dniu 15 stycznia 2018 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami prawa czynności Zamawiającego, tj. czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art 24 ust 1 pkt 12 Pzp, przez wykluczenie z postępowania Odwołującego, mimo iż w jego ocenie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz wykazał brak podstaw wykluczenia;  
oraz z ostrożności:

2. art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp, przez wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo, iż Odwołujący nie należy do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2017 r. poz. 229,1089 i 1132), z żadnym innym wykonawcą w niniejszym postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości poprzez nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśniał, że jego wykluczenie z postępowania na podstawie art 24 ust 1 pkt 12 Pzp jest całkowicie niezrozumiałe, gdyż bezsporne pozostaje, iż w dniu 26 września 2017 r. do Zamawiającego dotarło oświadczenie wykonawcy o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której stanowi art 24 ust. 11 Pzp. Od dnia 26 września 2017 r. Zamawiający posiada więc dokument, który potwierdza, iż Odwołujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp i nie miał żadnej podstawy do wzywania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów z art. 26 ust. 3 Pzp, a tym bardziej do wykluczenia Odwołującego z postępowania w jakimkolwiek trybie, w tym wynikającym z przepisu art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp.

Zdaniem WhyNotTravel należy zauważyć, iż termin określony w art 24 ust 11 Pzp jest terminem wyłącznie instrukcyjnym. Nie ma przeszkód do uznania oświadczenia, które wpłynęło po upływie tego terminu do Zamawiającego. Nie można uznać, iż spóźniony dokument złożony w wykonaniu dyspozycji art. 24 ust 11 Pzp nie został skutecznie złożony w postępowaniu. Nie istnieje norma, która przewidywałaby taką właśnie konsekwencję spóźnionego wypełnienia dyspozycji art. 24 ust 11 Pzp.

W ocenie wykonawcy WhyNotTravel jedyną konsekwencją niezłożenia rzeczonoego dokumentu może być wystosowanie do wykonawcy wezwania z art 26 ust 3 Pzp. Zdaniem Odwołującego taka procedura powinna być wszczynana wyłącznie, jeżeli wykonawca w ogóle nie złożył dokumentu do Zamawiającego, na co wskazuje brzmienie art 26 ust 3 Pzp. Jeżeli dokument do Zamawiającego wpłynął, jak miało to miejsce w okolicznościach niniejszej sprawy, wezwanie z art 26 ust. 3 Pzp stanowi wyraz nadmiernego formalizmu postępowania i nie powinno być podejmowane. Ostatecznie, w opinii Odwołującego, jeżeli nawet uznać, iż każdorazowe niedotrzymanie 3-dniowego terminu wyznaczonego przepisem art 24 ust 11 Pzp obliguje Zamawiającego do wystosowania wezwania z art. 26 ust 3 Pzp, to przepisy Pzp nie zawierają zakazu samodzielnego podejmowania przez wykonawcę inicjatywy w zakresie składania dokumentów, nawet bez wspomnianego wezwania. Samodzielne uzupełnianie dokumentów jest instytucją przyjmowaną przez doktrynę i orzecznictwo i tak złożone dokumenty należy uznać za skutecznie uzupełnione w postępowaniu. Przyjmując, więc (błędną zdaniem Odwołującego) wykładnię, iż Zamawiający jest zobowiązany do uzupełniania dokumentów nie tylko niezłożonych, ale

także złożonych po upływie terminu instrukcyjnego to należy uznać, iż w przedstawionym stanie faktycznym doszło do samodzielnego uzupełnienia dokumentu.

Wykonawca WhyNotTravel podkreślał, że niezależnie od przyjętej wykładni przepisów, należy uznać, iż od 26 września 2017 r. Zamawiający dysponuje wszelkimi dokumentami niezbędnymi do oceny oferty Odwołującego, wobec czego przesłanka do wykluczenia Odwołującego z postępowania z art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp nie zachodzi. Mimo, iż przesłanka do wykluczenia Odwołującego z postępowania z art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp nie mogła znaleźć zastosowania, to Odwołującego to z daleko posuniętej ostrożności, Odwołujący zastosował się do treści wezwania do uzupełnienia i złożył dokumenty zgodnie z tym wezwaniem.

Zamawiający w piśmie z dnia 3 stycznia 2017 r. wskazał, iż „Wykonawca złożył oświadczenie 31.10.2017 r. tj. dzień po wymaganym terminie”. Zdaniem Odwołującego z tym stwierdzeniem nie można się w pełni zgodzić, gdyż 31 października 2017 r. do Zamawiającego wpłynęło oświadczenie o niepozostawaniu w tej samej grupie kapitałowej wyłącznie w formie pisemnej. Wykonawca zastosował się jednak do treści wezwania do uzupełnienia i najpierw, w dniu 30 października 2017 r. (przekazał oświadczenie Zamawiającemu w formie elektronicznej na adres: L...W...@pw.edu.pl). Doręczenie z dnia 31 października 2017 r. zaświadczenia w formie pisemnej, stanowi wymagane potwierdzenie formie pisemnej w terminie 3 dni.

Odwołujący, zupełnie pobocznie zauważał, iż żaden inny wykonawca nie został wykluczony z postępowania na podstawie art 24 ust 1 pkt 12 Pzp lub art 24 ust 1 pkt 23 Pzp, Czyli nawet w przypadku niezłożenia dokumentów, o których mowa w art. 24 ust 11 Pzp wykonawca nie powinien być zostać wykluczony z postępowania na tej samej zasadzie, co wykonawca, składający ofertę w postępowaniu jako jedyny.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp został przez Odwołującego przywołany tylko z ostrożności, gdyż Zamawiający kwestionuje dokumenty złożone przez Odwołującego właśnie w celu wykazania braku podstawy do wykluczenia z art. 24 ust 1 pkt 23 Pzp. Tymczasem Odwołujący nie pozostaje w grupie kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust 11 Pzp, co oświadczał w formie pisemnej w niniejszym postępowaniu już dwa razy.

Podsumowując, Odwołujący twierdził, że od dnia 26 września 2017 r. Zamawiający dysponuje oświadczeniem wykonawcy o niepozostawaniu w grupie kapitałowej. Natomiast Odwołujący z ostrożności wypełnił wezwanie do uzupełnienia oświadczenia wystosowane przez Zamawiającego i doręczył Zamawiającemu odpowiednie dokumenty w terminie. W związku z tym w postępowaniu nie zachodzą żadne przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania, odrzucenia jego oferty lub uznania jej za odrzuconą.

## **KIO 89/18**

W dniu 15 stycznia 2018 r. wykonawca Supertour wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy Bioton w konsekwencji zaniechania uznania oferty ww. wykonawcy za odrzuconą, tj.

czynności/zaniechania czynności podjętych przez Zamawiającego. Ewentualnie w przypadku, nie podzielenia poglądu co do ww. zakresu zaskarżenia, to ostrożności procesowej Odwołujący wnosił odwołanie, także wobec czynności badania i oceny oferty wykonawcy Bioton, tj. nieprawidłowo przyznania jakiegokolwiek ilości punktów w kryterium - „Średnia cena z sześciu biletów lotniczych (bez opłaty transakcyjnej)”.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 2 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia, z postępowania wykonawcy Bioton, w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy, pomimo tego, że wykonawca ten przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje oraz informacje wprowadzające w błąd, co miało istotny wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty, tj. przedłożenie nieprawdziwych i niezgodnych z specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”) informacji, przedłożonych wraz z załącznikiem nr 5a, wpływające na ocenę w kryteriach oceny ofert - szczegółowa kalkulacja, w postaci wydruku biletu z systemu rezerwacji GDS;
2. art 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”), przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Bioton pomimo faktu, że oferta złożona przez tego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, z uwagi na to, że ww. wykonawca przedstawił wraz z załącznikiem nr 5a informacje nieprawdziwe i wprowadzające w błąd, w zakresie odnoszącym się do kryteriów oceny ofert i mających wpływ na tę ocenę, co w konsekwencji naruszyło interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Bioton pomimo tego, iż przedmiotowe kalkulacje i bilety przedłożone wraz z załącznikiem nr 5a został sporządzone nie tylko fałszywie ale i niezgodnie z siwz, bowiem zgodnie ze specyfikacją należało dokonać kalkulacji na podstawie przeprowadzonej, automatycznej rezerwacji w systemie GDS, a następnie na podstawie tej rezerwacji wygenerować bilet zgodny z tą rezerwacją - w konsekwencji należy uznać iż ww. wykonawca w ogóle nie przedstawił kalkulacji zgodnych z siwz.

W przypadku gdyby Izba nie przychyliła się do ww. zarzutów odnośnie konieczności wykluczenia ww. wykonawcy, z uwagi na przedstawienie nieprawdziwych informacji, Odwołujący zarzucał naruszenie:

4. art. 91 ust. 1 Pzp, przez wybór oferty Bioton, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz, z uwagi na to, że oferta ww. wykonawcy powinna otrzymać w kryterium - „Średnia cena z sześciu biletów lotniczych (bez opłaty transakcyjnej)” 0 pkt, gdyż wyniki owych kalkulacji zostały zmanipulowane, przez manualne, a nie automatyczne dokonanie procesu rezerwacji w systemie GDS, a następnie wystawienia biletem.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. wykluczenie wykonawcy Bioton oraz odrzucenie jego oferty;
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
4. wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartymi w siwz.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wyjaśniał:

#### **Ad 1.**

Odwołujący wskazywał, że wykonawca Bioton nie wygenerował biletu z systemu rezerwacji GDS wedle standardów IATA, co więcej dokonał manualnej zmiany w kalkulacjach, bowiem klasy rezerwacji nie pokrywają się z taryfami na biletach.

Odwołujący twierdził, że w przypadku oferty firmy Bioton kalkulacja automatyczna została zastąpiona przez kalkulację manualną kasjera lotniczego. Kalkulacja manualna polega na ręcznym poprawieniu ceny biletu, obniżeniu dostępnej ceny, w celu zaoferowania jak najniższej ceny. Mając na uwadze powyższe Odwołujący twierdził, iż w ofercie wykonawcy Bioton zastosowano nieprawidłowe klasy rezerwacyjne do zaproponowanych taryf, czyli cen biletów, na trzech trasach:

1. Warszawa-Nowy Jork-Warszawa

Wylot 21 OCT 2017 LO 0006 - rezerwacja w klasie U Powrót 28 OCT 2017 LO 0007 - rezerwacja w klasie L.

Według taryfy OPR0154 w cenie 1709,44 PLN, a powinna być taryfa UPR0154/LKWTAN w cenie wyższej 2453,48 PLN.

2. Warszawa -Tokio - Warszawa

Wylot 22 OCT 2017 LO 0079 - rezerwacja w klasie V Powrót 28 OCT 2017 LO 0080 - rezerwacja w klasie V.

Według taryfy ULTAN w cenie 2520,86 PLN, a powinna być taryfa VLTAN w cenie wyższej 3620,86 PLN.

3. Warszawa - Paryż - Warszawa

Wylot 17 OCT 2017 LO 335 - rezerwacja w klasie Q Powrót 20 OCT 2017 LO 336 - rezerwacja w klasie W.

Według taryfy QZSTDI21 w cenie 628,32 PLN, a powinna być taryfa OSTDPO/WSTDJO w cenie wyższej 1272,32 PLN.

Mając na uwadze powyższe zdaniem Odwołującego wyjaśnić należy, iż wykonawca Bioton dokonał rezerwacji możliwych miejsc, tj. dostępnych i istniejących w chwili rezerwacji. Następnie

manualnie skorygował kalkulacje bilem zmieniając jednocześnie jego cenę, tym samym wystawiając bilet z taryfą już nieistniejącą w chwili rezerwacji dla danego połączenia, gdyż nie była już dostępna niższa taryfa w niższej klasie rezerwacyjnej. Należy wskazać, iż gdyby bilety dla ww. rezerwacji zostały wystawione prawidłowo — ich taryfy odpowiadały by klasom rezerwacji, tym samym cena biletów byłaby wyższa.

Wykonawca Supertour twierdził, iż wykorzystując prawdopodobnie niewiedzę Zamawiającego, wykonawca Bioton wprowadził go w błąd - przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje, co miało istotny wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący twierdził, że Zamawiający pozostaje w błędzie co do prawdziwości cen biletów wygenerowanych przez wykonawcę Bioton, ponieważ skalkulowana cena na określonych trzech połączeniach jest ceną nieprawdziwą, gdyż jak wykazano powyżej określone przez wykonawcę Bioton taryfy, a tym samym ceny biletów nie odpowiadają klasom rezerwacji, co oznacza, iż w momencie rezerwacji nie można było zgodnie z zasadami wystawić biletów w takich taryfach. Takim działaniem wykonawca Bioton zamazał obraz Zamawiającemu co do jego możliwości i umiejętności w zakresie czynności rezerwacji biletów, co wpłynęło na ocenę punktową w danym kryterium.

Być może brak wykluczenia wykonawcy Bioton, wynikała z niewiedzy Zamawiającego odnośnie zasad panujących w ramach systemu rezerwacji GDS. Jednakże nie może to wpłynąć na stwierdzenie faktu, iż wykonawca Bioton wprowadził Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego brak wiedzy technicznej co przedmiotu zamówienia po stronie Zamawiającego nie może rodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawcy.

Wykonawca Supertour wskazywał, że niewykluczone, że przedstawione kalkulacje i wygenerowane na ich podstawie bilety były wynikiem lekkomyślności ze strony pracownika wykonawcy, bądź po prostu braku profesjonalizmu, którym winny się cechować podmioty uczestniczące w rynku zamówień publicznych,. Jednakże Odwołujący przypuszczał, że działania wykonawcy Bioton były celowe i zmierzały do uzyskania minimalnej średniej ceny w danym kryterium wykorzystując wszystkie dostępne sposoby. W momencie gdy wykonawca Bioton dokonywał poszczególnych niekorzystnych rezerwacji zorientował się, że wystawiony na ich podstawie bilet znacznie odbiega od zwykle niższych cen. Zatem wykonawca dokonał ręcznej manipulacji taryfami celem osiągnięcia sztucznie niższej ceny, tj. wygenerował bilet niezgodnie z normami IATA.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący twierdził, iż Zamawiający, który zaniechał dokonania czynności wykluczenia wykonawcy Bioton, a następnie uznania jego oferty za odrzuconą naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 17 w z w. z art. 24 ust. 4 Pzp, co miało istotny wpływ na wynik postępowania.

## **Ad 2.**

Wykonawca Supertour wskazywał, że przedłożenie nieprawdziwych informacji, czy też informacji wprowadzających w błąd w celu uzyskania zamówienia stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca Supertour twierdził, że wykonawca Bioton przedstawił wraz z załącznikiem nr 5a informacje nieprawdziwe i wprowadzające w błąd, w zakresie odnoszącym się do kryteriów oceny ofert



i mających wpływ na tę ocenę - ww. wykonawca winien otrzymać 0 pkt w zakresie przedmiotowego kryterium, jeżeli w ogóle można byłoby oceniać jego ofertę. W opinii Odwołującego wykonawca Bioton winien być wykluczony jak wskazano w zarzucie nr 1. Niewątpliwie przedłożenie nieprawdziwych informacji naruszyło interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, bowiem w wyniku oceny w kryteriach oceny ofert Odwołujący otrzymał niższą ilość punktów. Gdyby wykonawca Bioton nie przedłożył informacji wprowadzających w błąd, a tym samym dołączył bilety do oferty prawidłowo wygenerowane, to otrzymałby niższą ilość punktów od Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego zachowanie wykonawcy Bioton można rozpatrywać także na gruncie art. 14 ust. 1 pkt 2 uznk, zgodnie z którym - czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Wiadomościami, o których mowa w ust. 1, są nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje, w szczególności o wytwarzanych towarach lub świadczonych usługach.

Zgodnie z powyższą definicją czynu nieuczciwej konkurencji, można postawić tezę, że wykonawca Bioton przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd co do świadczonych przez niego usług, bowiem wystawił bilet w taryfie niezgodnej z uprzednio zarezerwowaną klasą. Należy zauważyć, iż pomimo faktu, że teoretycznie na takim nieprawidłowo wygenerowanym bilecie można udać się w podróż lotniczą, to z całą pewnością system wykryje ręczne manipulacje i odpowiednie osoby zwrócą się do kasjera/agenta o wyjaśnienia, a także do pokrycia różnicy w cenie według zarezerwowanej klasy. Takie działania mogą też rodzić inne konsekwencje po stronie firmy, np. utrata akredytacji IATA. Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd, w ten sposób, iż daje mu złudne wrażenie co do jego umiejętności i biegłości w zakresie rezerwacji tanich biletów. Przecież oczywistym jest, że w trakcie realizacji zamówienia, wykonawca nie będzie zmieniał taryf celem obniżenia ceny biletu, bowiem różnicę będzie musiał zapłacić on sam, dodatkowo narażając się na konsekwencje ze strony linii lotniczych. W trakcie realizacji bilety będą wystawiane zgodnie z klasą rezerwacji, określona taryfa będzie odpowiadać określonej klasie rezerwacji i na tej podstawie będzie wygenerowany bilet a następnie faktura za niego, którą będzie zobligowany pokryć Zamawiający.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego należy stwierdzić, iż Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, co miało istotny wpływ na wynik postępowania.

### **Ad 3.**

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z Rozdziałem 13 ust. 1.1 siwz wykonawca dołączyć miał do Zestawienia Cenowego wydruk biletu lotniczego z systemu rezerwacji GDS dla każdej z sześciu wskazanych przez Zamawiającego tras. W taki też sposób brzmiała treść oświadczenia we wzorze formularza ofertowego. Jak już wykazano w pierwszej części uzasadnienia bilety nie zostały wygenerowane automatycznie z systemu GDS, bowiem dokonano manualnej zmiany, co potwierdza niezgodność taryf z klasami rezerwacji. Zdaniem Odwołującego jednocześnie należy stwierdzić, iż Zamawiający tworząc postanowienia siwz oczekiwał, że bilety będą wystawiane za pomocą

automatycznego systemu GDS zgodnie ze wszystkimi normami oraz standardami IATA. Zamawiający oczekiwał, że na podstawie tak wystawionego biletu będzie można udać się w podróż bez konieczności wyjaśniania późniejszych wątpliwości, czy też pokrywania różnicy w cenie biletu w wyniku manipulacji. Zgodnie z OPZ i warunkami umowy wykonawca zobowiązywał się w przyszłości dokonywać rezerwacji i generować bilety właśnie zgodnie z wszystkimi standardami IATA. Zamawiający określił kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, sądząc, że z uwagi na konieczność wygenerowania biletu w systemie GDS będzie mógł sprawdzić informacje przedstawiane przez wykonawców - jednakże zamawiający nie przewidział możliwości ręcznej ingerencji w tak wygenerowany bilet. Dlatego też należy wskazać, iż Zamawiający miał prawo oczekiwać załączenia do oferty prawidłowo wygenerowanego dokumentu zgodnie z postanowieniami siwz. Brak wygenerowania dokumentu na podstawie ww. zasad należy uznać jako niezgodne z SIWZ, dlatego uznać należy, iż z uwagi na konieczność dokonania 6 (sześciu) odrębnych kalkulacji, z których 3 są nieprawidłowe (wyliczone na podstawie błędnie wygenerowanych biletów), dokumenty złożone na potrzeby przedmiotowego kryterium oceny ofert w całości należy odrzucić jako niezgodne ze specyfikacją.

W ocenie wykonawcy Supertour takiego błędu Zamawiający w żaden sposób nie mógł naprawić za wykonawcę, gdyż Zamawiający poprawia w ofercie tylko: oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W opinii Odwołującego żadna z ww. okoliczności nie zaistniała wobec oferty wykonawcy Bioton, gdyż nawet z zastosowaniem najbardziej liberalnego punktu 3 - taka poprawa oferty wykonawcy Bioton prowadziłaby do istotnej zmiany oferty, tj. zmiany wysokości średniej arytmetycznej ceny z wszystkich 6 skalkulowanych połączeń, tym samym zmieniając punktację w przedmiotowym kryterium.

W ocenie Odwołującego mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia, której treść nie odpowiadała wymaganiom zawartym w siwz, co miało istotny wpływ na wynik postępowania.

#### **Ad 4.**

Następnie Odwołujący wskazywał, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu określił także inne niż cena kryteria oceny ofert. Jak już wyżej wskazano zgodnie z Rozdziałem 13 ust. 1.1 siwz wykonawca dołączyć miał do Zestawienia Cenowego wydruk biletu lotniczego z systemu rezerwacji GDS dla każdej z sześciu wskazanych przez Zamawiającego tras. W taki też sposób brzmiała treść oświadczenia we wzorze formularza ofertowego. Powyższa kalkulacja miała zostać przedstawiona przez wykonawców dla celów oceny w kryteriach oceny ofert. Przedmiotowe kryterium „Średnia cena z sześciu biletów lotniczych (bez opłaty transakcyjnej)” o znacznej wadze 20%, służyć miało wykazaniu się przez wykonawców biorących udział w postępowaniu biegłością w zakresie przeprowadzania procesu rezerwacji biletów lotniczych na wybranych trasach a następnie na podstawie takiej rezerwacji, generowania biletów. Im wykonawca potrafił dokonać rezerwacji w najniższej cenie i na tej podstawie

wystawić tani bilet, tym mógł liczyć na wyższą ocenę punktową w ww. kryterium, wedle poniższego wzoru:

Ocena punktowa — (średnia cena z sześciu biletów lotniczych najniższej oferty! średnia cena z sześciu biletów lotniczych oferty badanej) x 20 pkt.

Oferta najkorzystniejsza otrzyma w tym kryterium 20 pkt, a pozostałe oferty proporcjonalnie mniej. Maksymalnie można otrzymać 20 pkt.

Szczegółową kalkulację (odrębną) dla każdej z sześciu wskazanych przez Zamawiającego tras, należało dołączyć do załącznika nr 5a - w postaci wydruku biletu z systemu rezerwacji GDS.

Odwołujący twierdził, że z uwagi na to, iż jak już wykazano w pierwszej części uzasadnienia trzy (3), z sześciu (6) kalkulacji dla potrzeby przedmiotowego kryterium zostało wykonanych nieprawidłowo, niezgodnie z siwz, w sposób wprowadzający w błąd Zamawiającego. Przedmiotowe kryterium polegało na wykazaniu się umiejętnością rezerwacji biletów po jak najniższej cenie. Zamawiający określił, iż średnia cena z sześciu biletów lotniczych najniższej oferty zostanie podzielona przez średnią cenę z sześciu biletów lotniczych oferty badanej i pomnożona razy 20. Nie jest możliwym konwalidowanie oferty wykonawcy Bioton poprzez wyciągnięcie średniej tylko z trzech (3) prawidłowo wystawionych biletów lotniczych, gdyż przedmiotowe kryterium wymagało sześciu cen wygenerowanych biletów. Zatem należy uznać, iż nawet gdyby Izba nie przychyliła się do poglądu, co do konieczności wykluczenia wykonawcy Bioton, z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających w błąd i mających konsekwencje w postaci decyzji Zamawiającego (art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp), to z całą mocą należy stwierdzić, iż w przedmiotowym kryterium ww. wykonawca winien otrzymać 0 pkt. Mając na uwadze powyższe wykonawca Supertour twierdził, że Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 Pzp wybierając ofertę najkorzystniejszą niezgodnie z kryteriami oceny ofert, co miało istotny wpływ na wynik postępowania.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępujących, złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

**KIO 69/18**

Analiza zarzutów podniesionych w treści odwołania dokonania przez Izbę doprowadziła do przekonania, że odwołanie należy uwzględnić.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny rozpoznawanej sprawy.

W dniu 22 września 2017 r. Zamawiający na swojej stronie internetowej zamieścił informację z otwarcia ofert.

W dniu 26 września 2017 r. - ze strony wykonawcy WhyNotTravel - do Zamawiającego wpłynęło „Oświadczenie o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której stanowi art. 24 ust. 11 Pzp” (prezentata „26 WRZ. 2017”).

Pismem z dnia 25 października 2017 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust 3 Pzp wezwał wykonawcę do uzupełnienia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej. Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia podał: „Dokument powinien być złożony w Dziale Zamówień Publicznych Politechniki Warszawskiej, przy ul. Noakowskiego 18/20, 00-668 Warszawa, pok. nr 204 do dnia 30 października 2017 r. Zachowaniem terminu będzie przysłanie ich faksem pod numer 22 628 60 75 lub elektronicznie na adres: L...W...@pw.edu.pl i niezwłocznie ich potwierdzenie na piśmie w terminie 3 dni”.

W dniu 30 października 2017 r. wykonawca WhyNotTravel w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, ponownie przesłał oświadczenie Zamawiającemu w formie elektronicznej na adres: [L...W...@pw.edu.pl](mailto:L...W...@pw.edu.pl). Dokument, zawierający ww. oświadczenie został nadany przez wykonawcę WhyNotTravel pocztą kurierską w dniu 30 października 2017 r. o godz. 14.32. Przesyłka została doręczona Zamawiającemu w dniu 31 października 2017 r. o godz. 9.14 (potwierdzenie nadania i odbioru przesyłki nr 17168037711 z dnia 30.10.17 r.)

W dniu 3 stycznia 2018 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania przekazując pismo w tym zakresie w formie elektronicznej. Jako podstawę do wykluczenia Zamawiający wskazał art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp a w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia wskazał, że oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej zostało złożone przez Wykonawcę dzień po upływie 3 dniowego terminu, tj. w dniu 26 września 2017 r. Wykonawca nie przedłożył ww. dokumentu na wezwanie z art. 26 ust 3 ustawy Pzp, gdyż złożył jego dopiero w dniu 31 października 2017 r.

Wraz z odwołaniem wykonawca WhyNotTravel przedłożył dowód w postaci protokołu, sporządzonego w wypisu aktu notarialnego (Repertorium A Nr 217/2018) przez notariusza B. M., w którym podano: „Na prośbę K. P. czyniący notariusz otworzył na komputerze kancelaryjnym DELL (pełna nazwa komputera grupy roboczej „KNBM” to „DELL sekretariat”) w przeglądarce Firefox, od godziny 11:30 do godziny 11:44 stronę internetową pod adresem: <https://poczta.whynottravel.pl/> po wpisaniu w polu „nazwa”: [zamowienia.publiczne@whynottravel.pl](mailto:zamowienia.publiczne@whynottravel.pl) oraz hasła w polu „hasło” pojawiła się strona internetowa na której wyświetliły się wiadomości w folderze „Wysłane”, po czym po przejściu na stronę 10 i kliknięciu na wiadomość o tytule „Nr sprawy: ZP.U.LW.22.17” do odbiorcy pod nazwą W. L. podświetlony adres e-mail: „L..W...@pw.edu.pl”, a następnie sporządził wydruk treści tej wiadomości oraz załączonego do niej pliku (pod nazwą „scan\_grupa kapitałowa.pdf”), otwartego na niniejszym komputerze, który stanowi załącznik nr 1 do niniejszego protokołu. Dalej na prośbę K. P. czyniący notariusz otworzył na komputerze kancelaryjnym DELL (pełna nazwa komputera grupy roboczej

„KNBM” to „DELL sekretariat”) w przeglądarce Firefox, od godziny 11:46 do godziny 11:54 stroną internetową pod adresem: <https://dh124.com.pl/uzytkownik/zaloguj.html>, po wpisaniu w polu „login”: iwona.magrys@whynottravel.pl oraz hasła w polu „hasło” pojawiła się strona internetowa, na której po przejściu w pole „Przesyłki — moje przesyłki” wyświetlono szczegóły przesyłki numer 17168037711, po czym sporządził wydruk treści tej strony internetowej, otwartej na niniejszym komputerze, który stanowi załącznik nr 2 do niniejszego protokołu”. Z ustaleń Izby dokonanych w oparciu o załącznik nr 1 do ww. protokołu wynika, że wiadomość w mailu była przesłana z adresu: [zamowienia.publiczne@whynottravel.pl](mailto:zamowienia.publiczne@whynottravel.pl) na adres [L...W...@pw.edu.pl](mailto:L...W...@pw.edu.pl) w dniu 30.10.2017 r. o godz. 9.42 o temacie „Nr sprawy: ZP.U.LW.22.17”. Do wiadomości e-mail załączono plik o nazwie „scan\_grupa kapitałowa.pdf, któremu przypisano pojemność 79 KB.

Również w toku rozprawy Odwołujący okazał Izbie zawartość skrzynki nadawczej pod adresem <https://poczta.whynottravel.pl>, w której w folderze „wiadomości wysłane” na str. 11 uwidoczniło 7 wiadomości, kierowanych na adres [L...W...@pw.edu.pl](mailto:L...W...@pw.edu.pl), które zostały nadane w następujących datach 30.10.2017 godz. 9:42 wraz załącznikiem „scan-grupa kapitałowa.pdf o pojemności 79 KB, oraz o godz. 10:58, 10:59, 11:00, 11:00, 11:02, 14:58.

W toku rozprawy Zamawiający przedłożył dowód w postaci pisma Centrum Informatyzacji Politechniki Warszawskiej CI.073.70.2018 z dnia 22 stycznia 2018 r., w którego treści podano m. in. „ (...) uprzejmie informuję, że w danej sprawie, system Politechniki Warszawskiej nie uwidacznia logów na serwerze starszych niż przed dniem 17 grudnia 2017 r. Z analizy korespondencji z dnia 30.10.2017 r., będącej w skrzynce Pani L. W. wynika, że otrzymała kilka e-maili ze wspomnianego adresu nadawcy. Wiadomości zostały wysłane z załącznikami w formacie PDF (pliki z nazwami równego typu, z polskimi i bez polskich znaków, analogicznie, jak w przedmiotowym e-mailu). Należy zaznaczyć, że jeżeli wiadomość została dostarczona do naszych serwerów skanujących (ściśle rzecz ujmując do serwera zdefiniowanego jako Mail Exchanger – rekord MZX w DNS), wówczas nadawcy w logach powinien otrzymać komunikat 2.5.0. Jeżeli pojawił się inny kod, wówczas podana jest obok przyczyna braku możliwości dostarczenia. Aby precyzyjnie określić los zaginionej korespondencji należy sięgnąć do serwera nadawcy i tam sprawdzić w logach z dnia 30.10.2017 r. status wiadomości. Reasumując: wymagane jest uzyskanie potwierdzenia od nadawcy, wskazujące, że przedmiotowy e-mail został wysłany”. Wraz z pismem został przedstawiony wydruk nagłówek e-maili, otrzymanych w dniu 30.10.2017 r. W treści ww. załącznika znajdują się m.in. następujące oznaczenia: „Subject: Nr sprawy: ZP.U.LW.22.17 To: (...) L...W...pw.edu.pl (....) From: (...) [zamowienia.publiczne@whynottravel.pl](mailto:zamowienia.publiczne@whynottravel.pl) (...) Date: Mon, 30 Oct 2017 09:42:20 +0100”.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, że zgodnie z art. 24 ust. 11 Pzp wykonawca, w terminie 3 dni od dnia przekazania informacji, o której mowa w [art. 51 ust. 1a](#), [art. 57 ust. 1](#) lub [art. 60d ust. 1](#), albo od zamieszczenia na stronie internetowej informacji, o której mowa w [art. 86 ust. 5](#), przekazuje zamawiającemu oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w ust. 1 pkt

23. Wraz ze złożeniem oświadczenia, wykonawca może przedstawić dowody, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Według art. 86 ust. 5 Pzp niezwłocznie po otwarciu ofert zamawiający zamieszcza na stronie internetowej informacje dotyczące:

- 1) kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- 2) firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie;
- 3) ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.

Natomiast przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Osią sporu w niniejszej sprawie jest rozstrzygnięcie kwestii, związanej z tym, czy wykonawca WhyNotTravel w sposób prawidłowy wykazał brak podstaw do wykluczenia z prowadzonego postępowania. W ocenie Izby na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć twierdząco.

Rozpoznając powyższy zarzut Izba wskazuje, że w pełni podziela stanowisko Izby wyrażone w wyroku KIO 588/ 17, w którym stwierdzono m. in: „ (...) Zgodzić się należy z Odwołującym, że 3 - dniowy termin na złożenie oświadczenia o grupie kapitałowej to termin o charakterze instrukcyjnym, a przepisy ZamPublU nie przewidują sankcji w postaci wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty za niezłożenie w terminie tego oświadczenia. W sytuacji braku złożenia w terminie 3 dni od otwarcia ofert lub przekazania informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oświadczenia o grupie kapitałowej zamawiający zobowiązany jest zastosować tryb przewidziany w [art. 26 ust. 3](#) ZamPublU i wezwać wykonawcę do złożenia tego oświadczenia. [Artykuł 26 ust. 3](#) ZamPublU znajduje zastosowanie, gdy wykonawca nie złożył oświadczeń lub dowodów, w tym dowodów o których mowa w [art. 24 ust. 11](#) ZamPublU, lub gdy są one niekompletne albo budzą jego wątpliwości”.

Należy zwrócić uwagę, że rozpoznawanym stanie faktycznym do Zamawiającego, co prawda z 1-dniowym opóźnieniem ale jednak wpłynęło ze strony wykonawcy WhyNotTravel - oświadczenie o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej z pozostałym wykonawcą ubiegającym się o zamówienie. W związku z tym Izba stwierdziła, że skoro Zamawiający był w posiadaniu takiego oświadczenia, złożonego przez Odwołującego, które było kompletne i nie budziło żadnych wątpliwości co do treści, to zbędne było wzywaniem wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do jego uzupełniania. Jednak nawet gdyby uznać, że Odwołujący nie zaskarżył w odpowiednim terminie czynności wezwania z dnia 25 października 2017 r., to stwierdzić należy, że wykonawca WhyNotTravel bez wątplenia

wykazał, że wywiązał się z nałożonego na niego obowiązku uzupełnienia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej.

Izba uznała, że w treści wezwania z dnia 25 października 2017 r., skierowanego do Odwołującego, Zamawiający określił wykonawcy konkretny termin na złożenie omawianego oświadczenia, tj. „Dokument powinien być złożony w Dziale Zamówień Publicznych Politechniki Warszawskiej, przy ul. Noakowskiego 18/20, 00-668 Warszawa, pok. nr 204 do dnia 30 października 2017 r”. Jednocześnie Zamawiający w piśmie sprecyzował, że „zachowaniem terminu będzie również przysłanie ich faksem pod numer 22 628 60 75 lub elektronicznie na adres: L...W...@pw.edu.pl i niezwłocznie ich potwierdzenie na piśmie w terminie 3 dni”. W tym miejscu należy przywołać wyjaśnienia Zamawiającego złożone w toku rozprawy, dotyczące rozumienia treści wezwania z 25 października 2017 r. w zakresie „niezwłocznego ich potwierdzenia na piśmie w terminie 3 dni”. Zamawiający wyjaśniał, że „wprowadził taką treść do pisma, która była stosowana w stosunku do wszystkich wykonawców, ponieważ wykonawcy byli nie tylko z Warszawy, ale również z innych miast i termin 3 dni należy rozumieć w ten sposób, że te 3 dni należy doliczyć do terminu 30 października 2017 r.”.

Zachowanie Odwołującego, który w dniu 30 października 2017 r. elektronicznie na adres: L...W...@pw.edu.pl, przesłał oświadczenie o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, które następnie zostało przesłane do Zamawiającego pocztą kurierską – Izba oceniła jako prawidłowe i zgodne z wymaganiami Zamawiającego, wskazanymi w treści powyższego wezwania.

Podkreślenia wymaga, że nie było sporne między stronami, że ww. oświadczenie na piśmie wpłynęło do Zamawiającego w dniu 31 października 2017 r., a więc zaraz na drugi dzień po upływie terminu, określonego w wezwaniu przez Zamawiającego. Tym samym wymóg doręczenia Zamawiającemu oświadczenia na piśmie w terminie 3 dni, licząc od dnia 30 października 2017 r. należy uznać za spełniony.

Kwestią sporną między stronami była okoliczność związana z przesłaniem przez Odwołującego wraz z wiadomością elektroniczną załącznika pod nazwą „scan-grupa kapitałowa.pdf” o pojemności 79 KB. Odwołujący twierdził, że w dniu 30 października 2017 r. przesłał ww. załącznik wraz z wiadomością elektroniczną. Natomiast Zamawiający twierdził, że powyższą wiadomość otrzymał lecz bez powołanego załącznika. Obie strony złożyły wyjaśnienia oraz przedłożyły dowody na okoliczność wykazania prezentowanej przez siebie tezy. Po ich zbadaniu i ocenie Izba doszła do przekonania o słuszności racji Odwołującego.

Z treści przedłożonego przez Odwołującego protokołu, w postaci wypisu aktu notarialnego, wynika jednoznacznie, że w dniu 30 października 2017 r. ze skrzynki nadawczej pod adresem <https://poczta.whynottravel.pl> wysłano wiadomości e-mail na adres [L...W...@pw.edu.pl](mailto:L...W...@pw.edu.pl). Do wiadomości wysłanej w dniu 30 października 2017 r. o godz. 9.42 o temacie „Nr sprawy: ZP.U.LW.22.17” załączono plik o nazwie „scan\_grupa kapitałowa.pdf, któremu przypisano pojemność 79 KB. Powyższe zostało również potwierdzone w toku rozprawy przed Izbą. Odwołujący okazał Izbie zawartość skrzynki nadawczej pod adresem <https://poczta.whynottravel.pl>, w której w folderze „wiadomości wysłane” na str. 11 uwidoczniono 7 wiadomości, kierowanych na adres [L...W...@pw.edu.pl](mailto:L...W...@pw.edu.pl), które zostały nadane w

następujących datach 30.10.2017 godz. 9:42 wraz załącznikiem „scan-grupa kapitałowa.pdf o pojemności 79 KB, oraz o godz. 10:58, 10:59, 11:00, 11:00, 11:02, 14:58.

W tym miejscu należy powołać wyjaśnienia Zamawiającego, złożone w toku rozprawy, w których twierdził, że „otrzymał ze strony Odwołującego w dacie 30 października 2017 r. siedem mail, z czego trzy są o tej samej nazwie, jednakże różnią się określonymi cechami np. godziną. Jednak z przedstawionego przez Odwołującego wydruku wynika jedynie to, że wykonawca w tym dniu przysyłał do Zamawiającego e-maile, które system „przepuszczał” pomimo polskich znaków. System również „przepuszczał”, co było zweryfikowane przez Zamawiającego, dokumenty w formie pdf. Jednak ze strony Odwołującego Zamawiający nie otrzymał maili z załącznikiem w postaci pdf w tym dniu o określonej nazwie”. Na potwierdzenie słuszności ww. stanowiska Zamawiający powoływał się na przedłożony dowód w postaci pisma Centrum Informatyzacji Politechniki Warszawskiej.

Izba, odnosząc się zaś do dowodu, złożonego przez Zamawiającego w postaci ww. pisma przede wszystkim zwraca uwagę, że w jego treści wprost wskazano, że „system Politechniki Warszawskiej nie uwidacznia logów na serwerze starszych niż przed dniem 17 grudnia 2017 r.” Wobec tego na podstawie powyższego dowodu nie można przesądzić, że Odwołujący wraz z przesłaną w dniu 30 października 2017 r. wiadomością nie przesłał załącznika scan\_grupa kapitałowa.pdf, któremu przypisano pojemność 79 KB. Wręcz odwrotnie. W treści załącznika nr 1 do pisma - wydruk nagłówek e-maili, otrzymanych w dniu 30.10.2017 r.” jednoznacznie podano, że „Subject: Nr sprawy: ZP.U.LW.22.17 To: (...) L...W...pw.edu.pl (....) From: (...) [zamowienia.publiczne@whynottravel.pl](mailto:zamowienia.publiczne@whynottravel.pl) (...) Date: Mon, 30 Oct 2017 09:42:20 +0100”. Powyższe oznaczenia z pisma należy zestawzić z treścią załącznika nr 1 do protokołu w formie aktu notarialnego, z którego wprost wynika, że e-maila oznaczony nr sprawy ZP.U.LW.22.17, przesłany na adres: [L...W...@pw.edu.pl](mailto:L...W...@pw.edu.pl) w dniu 30 października 2017 r. o godz. 9.42, zawierał załącznik „scan\_grupa kapitałowa.pdf” o pojemność 79 KB.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że wykonawca WhyNotTravel wywiązał się w sposób prawidłowy z obowiązku przedłożenia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej, a zatem po stronie Zamawiającego brak było podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. W związku z tym czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania należy uznać za naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Zaś co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp to wskazać należy, że zarzut należy uznać za chybiony, gdyż Zamawiający nie wykluczył Odwołującego z prowadzonego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie twierdził również, że Odwołujący jest wykonawcą należącym do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184, 1618 i 1634), co pozostali wykonawcy, składający oferty w ramach prowadzonego postępowania. Z ustaleń Izby wynika również, że Odwołujący, zarówno w dniu składania oferty jak również obecnie nie przynależą do żadnej grupy kapitałowej z innymi wykonawcami, biorącymi udział w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca WhyNotTravel przedłożył odrębne oświadczenie, potwierdzające brak takiej przynależności. Wobec tego brak jest jakichkolwiek podstaw do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp, gdyż bezspornym pozostaje fakt iż wykonawca WhyNotTravel nie



należy do tej samej grupy kapitałowej, co którykolwiek z pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Powyższa okoliczność została potwierdzona w toku rozprawy zarówno przez Odwołującego jak i Zamawiającego. Ponadto z ustaleń Izby wynika, że powyższy przepis nie był podstawą wykluczenia wykonawcy WhyNotTravel z postępowania. Tym samym nie sposób dopatrzeć się naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp.

Podsumowując, w rozpoznawanej sprawie Izba stwierdziła naruszenie przepisów ustawy, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec tego Izba na podstawie art. 192 ust. 2 uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnieniem czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy WhyNotTravel,
- ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty, złożonej przez wykonawcę WhyNotTravel.

### **KIO 89/18**

Analiza zarzutów odwołania oraz zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wykazała, że odwołanie podlega oddaleniu.

#### Izba dokonała następujących ustaleń stanu faktycznego.

W rozdziale I „Opis przedmiotu zamówienia” ust. 1 w załączniku nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia są usługi rezerwacji, zakupu i dostawy biletów lotniczych, kolejowych, autobusowych i promowych na międzynarodowych przewozach pasażerskich w czasie odbywania zagranicznych podróży służbowych Zamawiającego (...).”

W Rozdziale II „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz wymogi stawiane wykonawcom” w pkt. „o” podano: Zamawiający zastrzega, iż wszystkie bilety lotnicze powinny zostać wysłane bezpośrednio z systemu rezerwacyjnego przewoźnika za pośrednictwem Globalnego Systemu Dystrybucji (GDS).”

W rozdziale 13 siwz „Opis sposobu obliczenia ceny” Zamawiający sprecyzował: „Dla potrzeb niniejszego postępowania Wykonawca w Formularzu oferty będzie postępował, jak niżej:

1. Na podstawie zamówienia Zamawiającego przedstawi średnią cenę brutto z kalkulacji sześciu cen biletów lotniczych na wybranych trasach międzynarodowych, zawierającą wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, w szczególności związane z taryfą lotniczą podatkami, opłatami lotniskowymi, wyliczoną w Zestawieniu Cenowym, stanowiącym Załącznik nr 5a bez ceny usługi sprzedaży biletu (opłaty transakcyjnej).
- 1.1 Wykonawca dołączy do Zestawienia Cenowego wydruk biletu lotniczego z systemu rezerwacji GDS dla każdej z sześciu wskazanych przez Zamawiającego tras.
- 1.2 Powyższa średnia cena służy jedynie do porównania cen złożonych ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty”.

Treścią załącznika nr5a „Zestawienie cenowe biletów lotniczych na 6 wybranych trasach międzynarodowych” Zamawiający, określił wzór formularza, w którym oczekiwał podania informacji nt. przewoźnika, czasu podróży do miejsca przeznaczenia i z powrotem oraz ceny biletu lotniczego. Wykonawca miał w załączniku podać :„Razem cenę brutto w zł. za biletów lotniczych (bez opłaty transakcyjnej) na podanych trasach (tam i powrót)”. Ponadto wykonawca miał podać średnią cenę brutto w złotych z sześciu biletów (łącznie cena z poz. 1:6 biletów). W treści załącznika Zamawiający sprecyzował, że „W załączeniu szczegółowa kalkulacja (odrębna) dla każdej z sześciu wyżej wymienionych tras, w postaci wydruku biletu z systemu rezerwacji GDS”.

W Rozdziale 14 – „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (...)” w ust. 1 Zamawiający określił m.in. następujące kryterium: „Średnia cena z sześciu biletów lotniczych (bez opłaty transakcyjnej)” i przypisał jemu wagę - 20%,

W ust. 1.1. „Kryterium Średnia cena z sześciu biletów” Zamawiający wskazał, że dokona oceny punktowej, wedle poniższego wzoru:

Ocena punktowa = (średnia rena z sześciu biletów lotniczych najniższej oferty/ średnia cena z sześciu biletów lotniczych oferty badanej) x 20 pkt.

Oferta najkorzystniejsza otrzyma w tym kryterium 20 pkt, a pozostałe oferty proporcjonalnie mniej. Maksymalnie można otrzymać 20 pkt.

Z ustaleń Izby wynika, że wykonawca Bioton w formularzu oferty w pkt 3 oświadczył, że oferuje średnią cenę z kalkulacji sześciu cen biletów lotniczych wyliczoną w „Zestawieniu Cenowym” w kwocie brutto 1109,04 zł. W powołanym Zestawieniu Cenowym (str. 23-24 oferty Bioton) wykonawca potwierdził powyższą cenę. Ponadto w Zestawieniu Cenowym podał m.in. następujące dane na poniższych trasach:

1. Warszawa (WAW) - Paryż (CDG) – Warszawa (WAW),  
Przewoźnik/przewoźnicy PLL LOT  
Cen biletu lotniczego – 628,32 zł
2. Warszawa (WAW) -Nowy Jork (JFK) – Warszawa (WAW)  
Przewoźnik/przewoźnicy PLL LOT  
Cen biletu lotniczego – 1709,44 zł
3. Warszawa (WAW) – Tokio (NRT) – Warszawa (WAW)  
Przewoźnik/przewoźnicy PLL LOT  
Cen biletu lotniczego – 2520,86 zł

Do powyższego Zestawienia cenowego wykonawca Bioton załączył wydruki biletów, w których podano dla danych tras określony katalog informacji, w tym m. in. informacje odnośnie cen, klas (CL) i taryf (Fare Basis):

1. Warszawa - Paryż - Warszawa

Wylot 17 OCT 2017 LO 335 - rezerwacja w klasie O, Taryfa OZSTDI21

Powrót 20 OCT 2017 LO 336 - rezerwacja w klasie W, Taryfa OZSTDI21

Cena w PLN – 628,32

2. Warszawa-Nowy Jork - Warszawa

Wylot 21 OCT 2017 LO 0006 - rezerwacja w klasie U

Powrót 28 OCT 2017 LO 0007 - rezerwacja w klasie L

Cena w PLN – 1709,44

3. Warszawa -Tokio - Warszawa

Wylot 22 OCT 2017 LO 0079 - rezerwacja w klasie V, Taryfa Ultan

Powrót 28 OCT 2017 LO 0080 - rezerwacja w klasie V, Taryfa Ultan

Cena w PLN – 2520,86

Zamawiający dokonał badania i oceny oferty wykonawcy Bioton i w kryterium „Średnia cena z sześciu biletów” przyznał wykonawcy Bioton maksymalną liczbę 20 pkt.

W rozpoznawanej sprawie Izba zwraca uwagę, że Odwołujący co prawda sformułował szereg zarzutów względem wykonawcy Bioton lub też złożonej przez niego oferty, wskazując na treść art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp. Nie mniej jednak zostały one oparte na tych samych okolicznościach, tj. przedstawienia przez wykonawcę Bioton biletów wystawionych w sposób nieprawidłowy, w których znajdowały się nieprawdziwe ich kalkulacje, zawierające niższe ceny biletów w poszczególnych klasach względem określonych taryf na trzech trasach, tj. Warszawa-Paryż-Warszawa, Warszawa-Nowy Jork-Warszawa, Warszawa-Tokyo-Warszawa.

Analiza zarzutów, zawartych w treści odwołania, z uwzględnieniem materiału dowodowego, zgromadzonego w sprawie prowadzi do wniosku, że zarzuty należy uznać je za niezasadne.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące

mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zaś według art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uważa się za odrzuconą.

Natomiast przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (ust. 3).

Na wstępie należy wskazać, że określoną treścią siwz Zamawiający ukształtował wymóg przedstawienia w Formularzu oferty średniej ceny brutto z kalkulacji sześciu cen biletów lotniczych na wybranych trasach międzynarodowych, zawierającą wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, w szczególności związane z taryfą lotniczą podatkami, opłatami lotniskowymi, wyliczoną w „Zestawieniu Cenowym”, stanowiącym Załącznik nr 5a bez ceny usługi sprzedaży biletu (opłaty transakcyjnej). Potwierdzeniem powyższej kalkulacji miał być dołączony do „Zestawienia Cenowego” wydruk biletu lotniczego z systemu rezerwacji GDS dla każdej z sześciu wskazanych przez Zamawiającego tras. Jednocześnie w specyfikacji Zamawiający zastrzegł, że powyższa średnia cena służy jedynie do porównania cen złożonych ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż Zamawiający w specyfikacji ustanowił jedno z kryteriów, tj. „Średnia cena z sześciu biletów lotniczych (bez opłaty transakcyjnej)” i przypisał jemu wagę - 20%.

Dostrzeżenia wymaga, że treścią załącznika nr 5a „Zestawienie cenowe biletów lotniczych na 6 wybranych trasach międzynarodowych” Zamawiający, określił wzór formularza, w którym oczekiwał podania informacji nt. przewoźnika, czasu podróży do miejsca przeznaczenia i z powrotem oraz ceny biletu lotniczego. Wykonawca miał w załączniku miał podać średnią cenę brutto w złotych z sześciu biletów (łącznie cena z poz. 1:6 biletów). W treści załącznika Zamawiający powtórzył wymagania sprecyzowane już w rozdziale 13 wymagania siwz, odnoszące się potwierdzenia informacji z załącznika w formie szczegółowa kalkulacja (odrębna) dla każdej z sześciu wyżej wymienionych tras, w postaci wydruku biletu z systemu rezerwacji GDS. Natomiast w OPZ w w Rozdziale II pkt „o” Zamawiający zastrzegł, iż wszystkie bilety lotnicze powinny zostać wysłane bezpośrednio z systemu rezerwacyjnego przewoźnika za pośrednictwem Globalnego Systemu Dystrybucji (GDS).

Odnosząc się do tak zakreślonych wymogów Zamawiającego, opartych na postanowieniach specyfikacji stwierdzić należy, że nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że Zamawiający chcąc zbadać biegłość wykonawców w zakresie przeprowadzenia procesu rezerwacji na wybranych trasach oczekiwał podania w ofercie przez wykonawców średniej ceny z kalkulacji sześciu cen biletów lotniczych na wybranych trasach międzynarodowych. W związku z tym wykonawcy byli zobowiązani przedstawić w załączniku nr 5a szczegółową kalkulację (odrębna) dla każdej z sześciu wyżej wymienionych tras, które miały być potwierdzone w postaci wydruku biletu z systemu rezerwacji GDS.

Izba stwierdziła, że wykonawca Bioton w złożonej ofercie, zgodnie z wymaganiami zamawiającego podał nie tylko średnią cenę brutto w złotych z sześciu biletów, ale również przedstawił szczegółową kalkulację (odrębna) dla każdej z sześciu żądanych przez Zamawiającego tras. Wraz z ofertą wykonawca przedstawił wydruki przykładowych rezerwacji z systemu rezerwacji GDS.

Przypomnieć należy, że Odwołujący zakwestionował zarówno kalkulacje jak i wydruki biletów, odnoszące się do rezerwacji przeprowadzonych na trzech z sześciu tras, tj.: Warszawa-Paryż-Warszawa, Warszawa-Nowy Jork-Warszawa, Warszawa-Tokyo-Warszawa.

W ocenie Izby prowadzone postępowanie dowodowe nie doprowadziło do wykazania, że wykonawca Bioton podlega wykluczeniu z prowadzonego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, ponieważ w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

W tym miejscu wyjaśnić należy, że w celu wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie ww. przepisu Zamawiający jest zobowiązany każdorazowo zbadać, czy w okolicznościach danej sprawy, przesłanki zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp spełniły się kumulatywnie. Tym samym Zamawiający zobowiązany jest ustalić:

- czy wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego,
- czy przekazanie ww. informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy,
- czy przedstawione Zamawiającemu informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu.

Łączne wystąpienie opisanych przesłanek zobowiązuje Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Jak wynika z powyższego wykluczenie wykonawcy może nastąpić w sytuacji, gdy wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

W opinii Izby za informacje wprowadzające w błąd należy uznać informacje nieprawdziwe lub błędne. Wobec tego w takim przypadku znaczenie ma różnica pomiędzy stanem faktycznym, a informacjami przedstawionymi przez wykonawcę.

Szczegółowa analiza treści przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp prowadzi do jednoznacznego wniosku, że działanie wykonawcy ma mieć charakter zawiniony, który cechuje lekkomyślność lub niedbalstwo.

Pojęcie winy było wielokrotnie przedmiotem opracowań judykatury i doktryny prawa cywilnego, toteż powielanie teoretycznej analizy w tym miejscu jest zbędne. Jedynie dla przypomnienia Izba wskazuje, że wina może być kwalifikowana jako umyślna (sprawca chce wywołać określone skutki lub godzi się na ich wystąpienie) lub jako nieumyślna (niedbalstwo, lekkomyślność) - sprawca przewidywał możliwość wystąpienia bezprawnych następstw swego zachowania, lecz bezzasadnie przypuszczał, że ich uniknie lub nawet nie przewidywał możliwości wystąpienia takich skutków, ale powinien i mógł je przewidzieć.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy Izba stwierdziła, że Odwołujący nie przedstawił wystarczających, wiarygodnych dowodów, które miałyby potwierdzać, iż wykonawcy Bioton nie były dostępne określone warunki rezerwacji, które zostały następnie zaoferowane Zamawiającemu, a także, że Zamawiający nie mógłby z takiej oferty skorzystać. Wręcz przeciwnie. Odwołujący w toku rozprawy temu nie zaprzeczył, a jedynie wskazywał na wątpliwości związane z późniejszym charakterem rozliczeń, tzn. przypuszczał, że kosztami dopłaty, związanymi z dostosowaniem taryfy zostanie obciążony Zamawiający. W ocenie Izby w tym zakresie za trafne należy uznać stanowisko Zamawiającego, który twierdził, że zgodnie postanowieniami specyfikacji, w tym przepisami wzoru umowy nie może być mowy o jakiegokolwiek dopłacie, gdyż Zamawiający przewidział i wyraźnie zastrzegł tego rodzaju sytuacje przez gwarancję określonej ceny biletu. Odwołujący nie wykazał także w sposób wystarczający, że wykonawca Bioton nie uzyskał, czy też nie był w stanie uzyskać następujących cen biletów na poniższych trasach, w określonych w załączniku nr 5a przez Zamawiającego terminach: Warszawa - Paryż – Warszawa - 628,32 zł, Warszawa-Nowy Jork-Warszawa - cena 1709,44 zł, Warszawa -Tokio – Warszawa - 2520,86 zł.

Izba stanęła na stanowisku, że dowód w postaci kalkulacji, przedłożonej przez Odwołującego, powołany na okoliczność wykazania, jaka winna być prawdziwa cena wystawionych biletów na podstawie dokonanych przez wykonawcę Bioton rezerwacji w dostępnych klasach w momencie dokonywania tejże czynności – nie może zostać uznany za wystarczający, ponieważ odzwierciedla on jedynie pewne warunki i założenia przyjęte przez Odwołującego w kontekście prezentowanej przez niego tezy. Na jego podstawie nie można z całą stanowczością przesądzić, że te same okoliczności i uwarunkowania towarzyszyły wykonawcy Bioton.

Na uwagę zasługuje również fakt, że w toku rozprawy Odwołujący potwierdził, że występuje i jest jemu znana procedura rezerwacji biletów z wykorzystaniem tzw. „listy oczekujących”, która polega na tym, że dostępność miejsc w poszczególnych klasach rezerwacyjnych na danym rejsie jest uwarunkowana stanem rezerwacji oraz przewidywań i założeń przyjętych dla danego rejsu. Wobec tego nie można wykluczyć, że wykonawca Bioton mógł w złożonej ofercie uwzględnić tego rodzaju okoliczności a Odwołujący nie wykazał, że nie było to możliwe. W związku z tym Izba nie stwierdziła wystąpienia okoliczności, związanych z tym, że wykonawca Bioton przedstawiał Zamawiającemu informację fałszywe lub błędne, które miałyby istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje.

Jednak zaznaczenia wymaga, że Odwołujący, uzasadniając zgłoszone zarzuty przede wszystkim skupił się na wykazywaniu niezgodności w treści wydruku biletów między klasami rezerwacyjnymi a określonymi rodzajami taryf. W toku rozprawy, a także w treści odwołania (str. 6 odwołania), Odwołujący przyznał, że wymagania zgodności klasy rezerwacji z taryfą na bilecie nie są wymagania systemu rezerwacyjnego GDS, opartego na standardach IATA, a wymaganiami przewoźnika - w rozpoznawanym przypadku przewoźnika PLL LOT. W tym aspekcie nie sposób mówić o jakiegokolwiek niezgodności z wymaganiami systemu rezerwacyjnego GDS, w kontekście przekazania przez wykonawcę Bioton Zamawiającemu informacji, mogących wprowadzać tego ostatniego w błąd. Występowanie owej niespójności może właśnie świadczyć o skorzystaniu przez wykonawcę z cen promocyjnych zakupu biletu w najtańszej klasie rezerwacyjnej, co wcale automatycznie nie oznacza, że wykonawca Bioton takim zachowaniem dopuścił się zawinionego działania, w postaci lekkomyślności

lub niedbalstwa, które spowodowało, że przekazał Zamawiającemu błędne informacje, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego. W związku z tym wspomniana nieścisłość pomiędzy klasą rezerwacyjną a taryfą może dowodzić niezgodności wydruku biletów z wymaganiami przewoźnika PLL LOT, co w oczywisty sposób nie przesądza o niezgodności z wymaganiami systemu rezerwacyjnego GDS. Jednak podkreślenia wymaga, że Zamawiający co prawda w treści siwz i w OPZ odwoływał się do tego systemu rezerwacyjnego ale nie w kontekście zgodności z jego wymaganiami a w zakresie czynności wydruku bądź też bezpośredniej wysyłki biletów.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała wszystkie dowody złożone przez Odwołującego, mające potwierdzać wymóg zgodności pomiędzy klasą rezerwacyjną a taryfą, w tym w szczególności:

- oficjalna informacja od Agenta Support Desk LOT Polish Airlines SA., na okoliczność wykazania, iż każdy rodzaj taryf „Fare Basis” rozpoczyna się od tej samej litery, która reprezentuje klasę rezerwacyjną;
- instrukcja w zakresie dokonywania rezerwacji - PLL LOT SA, \ Tdowa struktura taryf LO” Airline Farę Families — Amadeus, na okoliczność wykazania, że taryfy mogą być wystawione jedynie w tej samej RBD co początek FARE BASIS

nie mają istotnego znaczenia dla sprawy z powodów opisanych powyżej.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania Izba stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Konsekwencją powyższego jest również brak potwierdzenia się zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Kolejno Izba rozpoznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i stwierdziła, że zgłoszony zarzut należy uznać za bezzasadny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Natomiast art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, że Zamawiający poprawia w ofercie omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Natomiast przepis art. 91 ust. 1 Pzp stanowi, że Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W tym miejscu jedynie dla przypomnienia wskazać należy, że Odwołujący w uzasadnieniu zgłoszonego zarzutu twierdził, że bilety, którymi posługiwał się wykonawca Bioton nie zostały wygenerowane automatycznie z systemu GDS, bowiem dokonano w nich manualnej zmiany, co potwierdza niezgodność taryf z klasami rezerwacji co oznacza niezgodność oferty wykonawcy z siwz, której nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ponadto Odwołujący twierdził, że

Zamawiający nie powinien przyznać ofercie wykonawcy Bioton żadnych punktów w Kryterium „Średnia cena z sześciu biletów lotniczych (...)”.

Rozpoznanie zasadności zgłoszonych zarzutów wymaga odpowiedzi na pytanie, czy treść oferty wykonawcy Bioton, w rozpoznawanym zakresie jest niezgodna z treścią specyfikacji i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp? Izba stanęła na stanowisku, że w omawianym przypadku Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Bioton na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodnej z treścią siwz.

W zakresie omawianego zarzutu za kluczowe znaczenie należy przypisać treści specyfikacji, znajdującej się w Rozdziale 13 „Opis sposobu obliczenia ceny” w ust. 1.1. w którym Zamawiający jasno sprecyzował, że „Wykonawca dołączy do „Zestawienia Cenowego” wydruk biletu lotniczego z systemu rezerwacji GDS dla każdej z sześciu wskazanych przez Zamawiającego tras”.

Wobec tego uznać należy, że wykonawca chcąc wypełnić powyższe zobowiązanie powinien był dołączyć do „Zestawienia Cenowego” wydruk biletu lotniczego z systemu rezerwacji GDS dla każdej z sześciu wskazanych przez Zamawiającego tras. Obowiązek ten został prawidłowo wypełniony przez wykonawcę Bioton, który wraz z „Zestawieniem Cenowym” przedstawił żądane wydruki biletów, które pochodziły z systemu rezerwacji GDS (str. 25-39 oferty wykonawcy Bioton). Podkreślenia wymaga, że zarówno w treści odwołania jak również w toku rozprawy nie było kwestionowane przez Odwołującego, że wydruki złożone przez wykonawcę Bioton pochodzą z systemu rezerwacji GDS. Zatem nie można dopatrzeć się w tym zakresie niezgodności treści specyfikacji z treścią oferty wykonawcy Bioton.

Izba nie podziela również zapatrywań Odwołującego, który twierdził, że wykonawca Bioton nie wygenerował biletu z systemu GDS zgodnie z wymaganiami specyfikacji, ponieważ klasy rezerwacji nie pokrywają się z taryfami na biletach. Przyglądając się natomiast zagadnieniu wydruku z systemu rezerwacji GDS pod kątem postanowień zawartych w OPZ dostrzec należy, że Zamawiający, określając wymagania siwz, w tym zakresie w Rozdziale II pkt „o” wskazał, że: „Zamawiający zastrzega, iż wszystkie bilety lotnicze powinny zostać wysłane bezpośrednio z systemu rezerwacyjnego przewoźnika za pośrednictwem Globalnego Systemu Dystrybucji (GDS)”.

Biorąc pod uwagę tak sprecyzowaną treść siwz Izba stanęła na stanowisku, że nie sposób dopatrzeć się wymogu na który wskazywał Odwołujący, tj. konieczności automatycznego wygenerowania biletu z systemu GDS. W zacytowanej powyżej treści jasno wynika, że Zamawiający wprost zastrzegł konieczność bezpośredniego wysłania biletów wszystkich biletów z systemu rezerwacyjnego przewoźnika za pośrednictwem Globalnego Systemu Dystrybucji (GDS)”. Powyższy wymóg wprost odnosi się do czynności przesyłania biletów bezpośrednio z systemu rezerwacyjnego przewoźnika za pośrednictwem systemu GDS co nie jest równoznaczne z czynnością automatycznego wygenerowaniem biletów z systemu GDS. Izba doszła do przekonania, że wymóg Zamawiającego, odnoszący się do wysłania biletów bezpośrednio z systemu przewoźnika za pośrednictwem GDS należy rozumieć w ten sposób, że wszystkie bilety lotnicze powinny zostać wysłane bezpośrednio z systemu rezerwacyjnego przewoźnika za pośrednictwem system rezerwacyjnego GDS) co nie stoi na przeszkodzie temu, aby wykonawcy korzystali ze wszystkich możliwości systemu rezerwacyjnego, między innymi tych związanych z uzyskiwaniem cen promocyjnych w tańszej klasie rezerwacyjnej. Jednak przy tym zastrzec należy, że niedopuszczalna jest jakakolwiek manualna celowa i zamierzona



ingerencja wykonawcy, służąca fałszowaniu biletów, co w rozpoznawanej sprawie nie zostało potwierdzone a nawet jedynie uprawdopodobnione.

Wobec tego Izba postanowiła oddalić zgłoszony zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W kontekście powyższe Izba nie dopatrzyła powodów dla których Zamawiający miałby nie przyznać wykonawcy Bioton - w ramach kryterium „Średnia cena z sześciu biletów lotniczych (bez opłaty transakcyjnej) - maksymalnej liczby punktów, tj. 20 pkt. Tym samym zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 Pzp należy uznać za chybiony.

Podsumowując powyższe, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów: art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp oraz art. 91 ust.1 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3b Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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. Nr 41, poz. 238).

.....