

Sygn. akt: KIO 402/23

WYROK

z dnia 1 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie 27 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 lutego 2023 roku przez odwołującego **WhyNotTravel Załoga Nasternak spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielnarowej** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centrum Fizyki Teoretycznej PAN z siedzibą w Warszawie**, przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Turystyczno-Handlowe „SUPERTOUR” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie udostępnienia protokołu postępowania, na podstawie art. 578 ust. 5 pkt 3) ustawy Pzp.
2. Oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz po **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

- 3.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 402/23

UZASADNIENIE

Centrum Fizyki Teoretycznej PAN z siedzibą w Warszawie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług rezerwacji i sprzedaży biletów na krajowe i zagraniczne przewozy lotnicze oraz rezerwacji miejsc hotelowych i noclegowych na potrzeby Centrum Fizyki Teoretycznej PAN”, nr postępowania: PTP/3/2022. Postępowanie zostało podzielone na dwie części, odwołanie dotyczy części 1.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 8 grudnia 2022 r., nr 2022/S 237-682080.

W postępowaniu tym wykonawca WhyNotTravel Załoga Nasternak spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielnarowej (dalej: „Odwołujący”) 13 lutego 2023 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w pierwszej części postępowania, wobec zaniechania odrzucenia ofert, które zostały sklasyfikowane na 1 i 2 miejscu w rankingu ofert, oraz wobec zaniechania udostępnienia Odwołującemu protokołu postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 10 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Supertour oraz Wykonawców TravelBank, mimo iż kalkulacja ceny oferty Wykonawcy Supertour oraz Wykonawców TravelBank oparta jest o połączenia przesiadkowe gdy istniały połączenia bezpośrednie;
- 2) art. 204 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oraz poprzez sklasyfikowanie na drugim miejscu ofert podlegających odrzuceniu lub ewentualnie, ofert, które powinna być otrzymać drugą i trzecią najwyższą ilość punktów w Postępowaniu.

- 3) art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie udostępnienia protokołu Postępowania Odwołującej.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
- 2) odrzucenie oferty Supertour i TravelBank oraz wykluczenia tych Wykonawców z Postępowania;
- 3) nakazania Zamawiającemu udostępnienia Protokołu z Postępowania w terminie 3 dni od dnia uwzględnienia odwołania;
- 4) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert bez uwzględnienia oferty Wykonawcy Supertour i TravelBank lub ewentualnie przy prawidłowej ocenie tych ofert w zakresie kryterium ceny, a także po udostępnieniu protokołu Postępowania zgodnie z przepisami.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący wskazał, że jest uczestnikiem postępowania i złożył ważną ofertę, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Tymczasem, na skutek podjętych przez Zamawiającego niezgodnie z prawem czynności, w szczególności zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Supertour i Wykonawców TravelBank oraz zaniechania wykluczenia tych Wykonawców z Postępowania i w konsekwencji wyboru oferty Wykonawcy Supertour, jako najkorzystniejszej, Odwołujący nie uzyska niniejszego zamówienia. Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów Pzp może ponieść szkodę, poprzez nieuzyskanie zamówienia, które zgodnie z przepisami powinno zostać udzielone właśnie Odwołującej. W ten sposób Odwołująca nie uzyska korzyści płynących z realizacji zamówienia.

Następnie Odwołujący wskazał na treść postanowień SWZ, będących podstawą odwołania i wywodzonych w nim twierdzeń, wraz z przywołaniem ich treści, tj.:

- Rozdział X OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY ust. 3 lit. a) SWZ,
- Rozdział X OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY ust. 4 SWZ,
- Rozdział X OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY ust. 11 SWZ,
- Rozdział X OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY Dotyczy Załącznika nr 1 – Formularz oferty – Część 1 pkt. 3 SWZ,
- Rozdział X OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY Dotyczy Załącznika nr 1 – Formularz oferty – Część 1 pkt 8 SWZ.

- Treść jednego z pytań, na które Zamawiający udzielił wyjaśnień pismem z 23 grudnia 2022 r. wraz z odpowiedzią,
- Rozdział XIII. SWZ zawierający OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT,

Odwołujący wskazał, że rozumie te zapisy w ten sposób, iż:

- 1) należało zaoferować 5 biletów lotniczych na połączenia bezpośrednie (tak: Rozdział X OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY ust. 11.);
- 2) Zamiast biletu na połączenie bezpośrednie można było zaoferować bilet na połączenie z maksymalnie dwoma przesiadkami, jednak tylko wtedy, gdy nie istniało połączenie bezpośrednie (tak: Rozdział X OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY Dotyczy Załącznika nr 1 – Formularz oferty – Część 1 pkt oraz pytanie i odpowiedź);
- 3) Zaoferowane 5 biletów lotniczych stanowi cenę oferty (tak: Rozdział X OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY ust. 3 lit. a))
- 4) Cena oferty wyliczona na podstawie ceny ww. 5 biletów lotniczych stanowi jedno z kryteriów oceny ofert (tak: XIII. OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT 1.)
- 5) Waga kryterium ceny stanowi 40% (tak: wiersz 3 w tabeli do OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT ust. 2)

Odwołujący wskazał w dalszej kolejności, że złożył ofertę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, tymczasem pozostali Wykonawcy w niektórych przypadkach wybierali połączenie tańsze, nawet gdy nie spełniały one wymagań narzuconych przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że Wykonawcy Suportour oraz TravelBank zaoferowali połączenia przesiadkowe, gdy istniały połączenia bezpośrednie w następujących przypadkach:

TravelBank:

1. zad 2 - Narita (na powrocie dnia 15.01.2023 od dnia wszczęcia postępowania do dnia składania ofert było dostępne połączenie bezpośrednie na trasie Narita-Warszawa),
2. zad 5 - Newark (na wylocie dnia 02.02.2023 od dnia wszczęcia postępowania do dnia składania ofert było dostępne połączenie bezpośrednie na trasie Warszawa-Newark),

SuperTour:

3. zad 2 - Narita (na powrocie dnia 15.01.2023 od dnia wszczęcia postępowania do dnia składania ofert było dostępne połączenie bezpośrednie na trasie Narita-Warszawa),

4. zad 5 - Newark (na wylocie dnia 02.02.2023 od dnia wszczęcia postępowania do dnia składania ofert było dostępne połączenie bezpośrednie na trasie Warszawa-Newark),

5. zad 6: Barcelona (na wylocie z Barcelony dnia 28.01.2023 od dnia wszczęcia postępowania do dnia składania ofert było dostępne połączenie bezpośrednie Barcelona-Warszawa)

Jako dowód, Odwołujący wskazał połączenia bezpośrednie ze złożonej przez siebie oferty.

W związku z powyższymi ustaleniami, Odwołujący dokonał następującej subsumpcji. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z wymaganiami określonymi w Dokumentacji Zamówienia oferta miała obejmować 5 przykładowych połączeń lotniczych (Rozdział X OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY ust. 5 i 6) i miały to być połączenia bezpośrednie (Rozdział X OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY Dotyczy Załącznika nr 1 – Formularz oferty – Część 1 pkt oraz pytanie i odpowiedź). Zarówno Wykonawca Supertour, jak i Wykonawca TravelBank zaoferowali połączenia przesiadkowe, gdy były dostępne połączenia bezpośrednie. W takiej sytuacji Odwołujący uważa, iż oferty Wykonawców TravelBank oraz Wykonawcy Supertour powinny zostać odrzucone, gdyż złożono oferty niezgodne merytorycznie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentacji zamówienia. W ocenie Odwołującego fakt, iż ewentualne błędy w kalkulacji i rezerwacji biletów lotniczych stanowią treść oferty oraz nie podlegają uzupełnieniu nie powinien być sporny między Stronami. Odwołująca pytała Zamawiającego o tę kwestię, a Zamawiający zacytował konkretny zapis Dokumentacji Zamówienia, co Odwołująca rozumie jako potwierdzenie, iż jest on wiążący i ważny.

Odwołujący zauważył, że cena oferty jest w Postępowaniu wyliczana na podstawie przedstawionych kalkulacji cen biletów (Rozdział X OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY ust. 3 lit. a)). Ewentualne omyłki pisarskie lub matematyczne w zakresie ceny byłyby poprawiane na podstawie zestawienia wybranych połączeń lotniczych z pkt III. Formularza oferty wraz z załącznikami. Zdaniem Odwołującego, Wykonawcy TravelBank oraz Wykonawca Supertour do wyliczenia ceny użyli błędnie sporządzonego Zestawienia wybranych połączeń lotniczych, a więc należy uznać, iż Wykonawcy TravelBank oraz Wykonawca SuperTour nieprawidłowo wyliczyli cenę swojej oferty. Cena została obliczona w oparciu o inne kryteria niż tego żądał Zamawiający. Błąd ten nie nadaje się w żaden sposób do poprawy, ergo zarówno oferta Wykonawców TravelBank, jak i oferta Wykonawcy Supertour podlega odrzuceniu również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 pzp, z uwagi na fakt, iż zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Odwołujący z ostrożności Odwołująca wskazał, iż gdyby Zamawiający nie odrzucił ofert Wykonawców TravelBank oraz Wykonawcy Supertour, a jedynie uznał, iż nie

przedstawili oni odpowiednich dokumentów do obliczenia ceny i przyznał im 0 punktów, w kryterium Łączna cena oferty brutto połączeń lotniczych to i tak oferta Odwołującej została sklasyfikowana na 1 miejscu.

Odwołujący oświadczył, że do dnia wniesienia odwołania nie otrzymał protokołu Postępowania, co nie pozwoliło na kompletną weryfikację ofert Wykonawców TravelBank oraz Wykonawcy Supertour, a więc ta okoliczność ma wpływ na wynik Postępowania. Jest to sytuacja odpowiadająca temu, jak Zamawiający nie udostępnił niesłusznie lub formalnie błędnie utajnionych ofert.

W złożonej pismem z 24 lutego 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał że 14 lutego 2023 r., udostępnił Odwołującemu protokół postępowania i załączył dowód w postaci potwierdzenia z platformy, przy użyciu której prowadzone jest postępowanie.

Następnie Zamawiający wskazał, że postanowienie zawarte w Rozdziale X zawierającym „Opis sposobu obliczenia ceny dotyczy Załącznika nr 1 – Formularz oferty – Część 1” pkt 8 SWZ należy rozumieć w ten sposób, że jeżeli nie istnieje połączenie bezpośrednie w obie strony, tj. zarówno w stronę docelową, jak i powrotną („tam i z powrotem”), to w takim przypadku Wykonawcy mogą wyszukać połączenia z maksymalnie 2 przesiadkami w każdą stronę.

Zamawiający wskazał, że wykonawcy TravelBank i SuperTour, a także sam Zamawiający prezentują słuszne stanowisko zgodnie z którym skoro nie istniało połączenie bezpośrednie w jedną i drugą stronę, to wykonawcy uprawnieni byli zaoferować loty z przesiadkami w obie strony. Zamawiający argumentował też, że większość wykonawców biorących udział w postępowaniu zrozumiała treść SWZ tak jak Zamawiający.

20 lutego 2023 r., swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Turystyczno-Handlowe „SUPERTOUR” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”). W złożonym piśmie procesowym z 24 lutego 2023 r., Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości i przedstawił swoją argumentację.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Izba ustaliła, że przystąpienie zostało zgłoszone skutecznie.

Na wniosek Odwołującego, zgłoszony podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, umorzyła postępowanie co do zarzutu nr 3 dotyczącego naruszenia art. 74 ust 1 i 2 ustawy Pzp, z uwagi na to, że postępowanie w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe z innych przyczyn. Odwołujący przyznał, że po wniesieniu odwołania Zamawiający udostępnił mu protokół postępowania. Wobec powyższego dalsze prowadzenie postępowania w tym zakresie jest zbędne.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępujących zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie znajdującej się w aktach postępowania dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego Izba poczyniła następujące ustalenia.

Na podstawie treści SWZ w brzmieniu nadanym modyfikacją z 23 grudnia 2022 r., Izba ustaliła, że zamówienie zostało podzielone na dwie części, a przedmiotem części 1 jest świadczenie usług rezerwacji połączeń lotniczych, sprzedaż i dostarczanie biletów lotniczych na przewozy pasażerskie na trasach krajowych i zagranicznych na potrzeby Zamawiającego. Szczegółowy opis zamówienia został zawarty w Załączniku nr 1a do SWZ. Jak wynika z Rozdziału X SWZ, zawierającego „Opis sposobu obliczenia ceny”:

- ust. 3: „Na cenę oferty składają się: a) oferowane przez Wykonawcę, w Zestawieniu wybranych połączeń lotniczych (Załącznik nr 1 do Formularza Oferty), ceny biletów

powiększone o wszelkie dodatkowe koszty związane z dokonaniem rezerwacji, wydruku biletów, opłat lotniskowych i opłat za bagaż, oraz innych, które mogą wystąpić na danym lotnisku czy u danego przewoźnika, a nadto wynagrodzenie Wykonawcy (tj. opłaty transakcyjne – w tym prowizje/ opłaty / koszty Wykonawcy);”

- *ust. 4: „Przedstawiona przez Wykonawcę w Zestawieniu wybranych połączeń lotniczych (Załącznik nr 1 do Formularza Oferty), cena brutto 6 biletów lotniczych służyć będzie jedynie do porównania cen złożonych ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.”*
- *ust. 9: „Wykonawca w Formularzu oferty poda wysokość opłaty transakcyjnej za wystawienie jednego biletu lotniczego (tam i z powrotem) krajowego lub zagranicznego. Podana opłata transakcyjna będzie taka sama zarówno za wystawienie biletu lotniczego krajowego jak i zagranicznego oraz będzie stała przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia.”*
- *ust. 11: „Wykonawca poda w Formularzu Oferty Cena brutto połączeń lotniczych, stanowiącą łączną wartość brutto wyceny 6 ww. połączeń, zgodnie z ww. Zestawieniem wybranych połączeń lotniczych.”*
- *litera B „Dotyczy załącznika nr 1 – Formularz oferty – Część 1”: pkt 1): „ 1) Cena biletów wraz z wszystkimi kosztami podróży musi obejmować koszty związane z realizacją zamówienia: cenę taryfową przewoźnika, podatki, opłaty lotniskowe oraz inne opłaty i należności związane bezpośrednio z przelotem, bez kosztów dostarczenia biletów do siedziby Zamawiającego oraz kosztu wystawienia biletu i kosztu opłaty transakcyjnej za rezerwację biletu.”; pkt 3): „Rezerwacje muszą być faktycznie dostępnymi, od dnia opublikowania ogłoszenia o zamówieniu do dnia składania ofert, i możliwymi do zrealizowania rezerwacjami w systemie rezerwacyjnym. Nie dopuszcza się zaoferowania w powyższym zestawieniu taryf istniejących w innym czasie lub taryf poufnych.”; pkt 8): „W przypadku, gdy nie istnieje połączenie bezpośrednie, Wykonawca jest zobligowany do wyszukania połączenia z jak najmniejszą ilością przesiadek, tzn. z max 2 przesiadkami w jedną stronę. Wykonawca zobowiązany jest do podania cen w złotych polskich (PLN).”*

W Rozdziale XIII SWZ, Zamawiający zawarł „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert”. W zakresie, w jakim opis odnosi się do Części 1 zamówienia, wynika z niego, że ustanowiono następujące kryteria:

„Łączna cena oferty brutto połączeń lotniczych” – C (cena wyliczona na próbie do ustalenia rankingu ofert)

„Wysokość opłaty transakcyjnej brutto za wystawienie jednego biletu lotniczego („tam” i „z powrotem”) na połączenie krajowe lub międzynarodowe” - WOT

„Czas dostarczenia biletu lotniczego” – CD

„Upust od cen przewoźnika dla biletów lotniczych” – UCP

W ust. 4 wskazano: *„4.Ocena punktowa w kryterium „Wysokość opłaty transakcyjnej brutto za wystawienie jednego biletu lotniczego („tam” i „z powrotem”) na połączenie krajowe lub międzynarodowe” – na podstawie ceny podanej w Formularzu oferty.”*

Na podstawie Załącznika 1a do SWZ, Izba ustaliła, że w pkt 2.1.1) lit. e) Zamawiający zdefiniował, co rozumie pod nazwą „jeden bilet”, tj. że *„należy rozumieć bilet na trasie: „tam i z powrotem”. Zamawiający zastrzega możliwość zakupu biletów „w jedną stronę”*”. Następnie ustalono, że w pkt 1.3.2) Zamawiający wskazał: *„Przez określenie przelot należy rozumieć bilet na trasie „tam i z powrotem”, przy zastrzeżeniu możliwości rezerwacji i zakupu biletów „w jedną stronę”*”.

Na podstawie wzoru Formularza oferty dla Części 1, stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ ustalono, że w pkt III „Zestawienie wybranych połączeń lotniczych”, Zamawiający w nawiasie zawarł następującą adnotację: *„wszystkie przeloty muszą spełniać wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia”*.

23 grudnia 2022 r., Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania zadane do treści SWZ. Jedno z pytań, na którym Odwołujący oparł argumentację odwołania miało następującą treść: *„Wykonawca ma obowiązek przedstawienia połączenia bezpośredniego do wyceny 6 biletów lotniczych będących kryterium oceny ofert jeżeli takie połączenie bezpośrednio istnieje? Czy brak przedstawienia połączenia bezpośredniego (jeśli takowe jest) skutkuje odrzuceniem oferty?”* Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *„Zgodnie z rozdziałem X zmodyfikowanego SWZ pkt B ppkt 7 - W przypadku, gdy nie istnieje połączenie bezpośrednie, Wykonawca jest zobligowany do wyszukania połączenia z jak najmniejszą ilością przesiadek, tzn. z max 2 przesiadkami w jedną stronę. Wykonawca zobowiązany jest do podania cen w złotych polskich (PLN).”*

W Części 1 zamówienia złożono 3 oferty. Jako najkorzystniejsza wybrana została oferta Przystępującego.

Przystępujący w zadaniu 2, 5 i 6 zaoferował loty z przesiadkami. Natomiast wykonawca TravelBank zaoferował loty z przesiadkami w zadaniach 2 i 5.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą orzekania w przedmiotowej sprawie.

art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 10 ustawy Pzp

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (...)

10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;

art. 204 ust. 1 ustawy Pzp

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu oraz kryteriów jakościowych, odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie z następujących powodów.

Spór dotyczy sposobu wykładni treści SWZ, w szczególności postanowienia zawartego w Rozdziale X SWZ, litera B), pkt 8), zgodnie z którym *„W przypadku, gdy nie istnieje połączenie bezpośrednie, Wykonawca jest zobligowany do wyszukania połączenia z jak najmniejszą ilością przesiadek, tzn. z max 2 przesiadkami w jedną stronę. Wykonawca zobowiązany jest do podania cen w złotych polskich (PLN).”*

Z postanowienia tego Odwołujący wywodzi, że w sytuacji, gdy był dostępny połączenie (przełot) bezpośrednie w jednym kierunku, wykonawca miał obowiązek zaoferować takie połączenie (przełot) bezpośrednie. Natomiast Zamawiający wraz z pozostałymi wykonawcami, w tym z Przystępującym, prezentują taki sposób interpretacji spornego postanowienia, zgodnie z którym jeśli nie było możliwym zaoferowanie połączenia (przełotu) bezpośredniego w obu kierunkach (*„tam”* i *„z powrotem”*), wykonawcy byli uprawnieni zaoferować połączenia (przełoty) z jak najmniejszą liczbą przesiadek, przy czym Zamawiający wskazał, że rozumie przez to max. 2 przesiadki w jedną stronę.

Jest okolicznością bezsporną, że w treści SWZ Zamawiający nie zawarł definicji zwrotu *„połączenie bezpośrednie”*. Zamawiający zdefiniował natomiast takie pojęcia jak *„bilet”* i *„przełot”*. Ponadto dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający nie stosuje nomenklatury w treści SWZ w sposób konsekwentny, tj. mimo zawarcia w treści SWZ definicji słowa *„bilet”* oraz *„przełot”*, Zamawiający nie formułuje wszystkich postanowień SWZ posługując się tymi zwrotami, lecz używa dodatkowo innych określeń, których definicji w treści SWZ nie zawarł. Sytuacja taka dotyczy m.in. zwrotu *„połączenie bezpośrednie”*. W ocenie Izby okoliczność ta jest źródłem zawisłego między stronami sporu. W celu jego rozstrzygnięcia konieczne jest, zdaniem Izby, kompleksowe przeanalizowanie postanowień SWZ. Jak już wskazano, Zamawiający zdefiniował pojęcie *„bilet”* wskazując, że *„należy rozumieć bilet na trasie: „tam i z powrotem”. Zamawiający zastrzega możliwość zakupu biletów „w jedną stronę”*. Dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający często posługuje się tym pojęciem i w wielu

miejscach SWZ podkreśla, że bilet oznacza bilet w obie strony, tj. „tam” i „z powrotem”. Zamawiający wskazał ponadto, że: „Przez określenie przelot należy rozumieć bilet na trasie „tam i z powrotem”, przy zastrzeżeniu możliwości rezerwacji i zakupu biletów „w jedną stronę”. Konstrukcja Formularza oferty w pkt III, w którym należało uzupełnić „Zestawienie wybranych połączeń lotniczych (wszystkie przeloty muszą spełniać wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia)”, była taka, że wykonawcy mieli wycenić/zaoferować 6 biletów na wskazane w pkt 1-6 podróże na trasach. Zamawiający nie zdefiniował też wprost (tak, jak w przypadku słów „bilet” i „przelot”) „połączenia lotniczego”, jednak z kontekstu, w jakim to wyrażenie zostało użyte można wnioskować, że chodzi o całą podróż na danej trasie, a ponadto, że można to pojęcie utożsamiać z „przelotem” skoro w nawiasie w pkt III Formularza oferty Zamawiający wskazał „wszystkie przeloty”.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby przedstawiona przez Zamawiającego i Przystępującego interpretacja spornego postanowienia SWZ jest uprawniona. Choć bezpośrednio w treści tego postanowienia Zamawiający nie użył zdefiniowanych przez siebie pojęć, szersze spojrzenie na treść SWZ pokazuje, że słowo „przeloty” ma zastosowanie do połączeń wskazanych w pkt III Formularza oferty. Tym samym nie jest błędem odniesienie tego pojęcia do „połączenia bezpośredniego” użytego w Rozdziale X, litera B, pkt 8) SWZ. Ponadto, nie sposób pominąć kwestię językowego sformułowania analizowanego postanowienia. Dostrzec bowiem trzeba, że Zamawiający wskazując: „W przypadku, gdy nie istnieje połączenie bezpośrednie, Wykonawca jest zobligowany do wyszukania połączenia z jak najmniejszą ilością przesiadek, tzn. z max 2 przesiadkami w jedną stronę.” dopuścił tak naprawdę możliwość zaoferowania połączenia z max 4 przesiadkami, z zastrzeżeniem, że mają to być max 2 przesiadki w jedną stronę, czyli w sumie 4 w obie strony. To również pozwala wnioskować, że zwrot „połączenie bezpośrednie” odnosił się do całej podróży, tj. w obie strony, a nie tylko w jedną stronę. Dodatkowo powoduje to, że jeśli liczba max 2 przesiadek w jedną stronę nie została przekroczona nie sposób stwierdzić niezgodności treści oferty z treścią SWZ, podobnie jak nie sposób stwierdzić takiej niezgodności w sytuacji zaoferowania lotów z przesiadkami w każdą stronę, nawet w sytuacji gdy w jedną ze stron dostępny był lot bezpośredni. Nie wynika to bowiem w sposób jednoznaczny z treści SWZ. Ponadto tam, gdzie Zamawiający chciał podkreślić, że ma na myśli podróż w jedną stronę, dodawał takie zastrzeżenie.

Odnosząc się do kwestii pytania, na które w treści odwołania powołał się Odwołujący, i udzielonej na nie 23 grudnia 2022 r., odpowiedzi, zgodzić należy się z Przystępującym, że niewiele wnosi ono do rozstrzygnięcia tej sprawy. Samo pytanie jest ogólne. Dostrzec bowiem należy, że Wykonawca w jego treści również nie dążył do ustalenia znaczenia „połączenia bezpośredniego”, a udzielona odpowiedź jest odesłaniem do spornego postanowienia SWZ.

Mając na uwadze stanowisko Odwołującego wyrażone na rozprawie w zakresie definicji pojęcia „*bezpośrednie połączenie (komunikacyjne) «możliwość przejazdu z jednego miejsca do drugiego jednym środkiem lokomocji»*” zawartej w internetowym słowniku języka polskiego PWN, w pierwszej kolejności wskazać należy, że jest to argumentacja nowa wobec tej podniesionej w treści odwołania. Następnie wskazać należy, że choć zdarza się, że Izba posiłkuje się przy rozstrzygnięciu sporów językowym znaczeniem pojęć, ma to miejsce w przypadku, gdy treść dokumentów zamówienia nie jest pomocna przy wykładni spornych postanowień. Taka sytuacja nie ma miejsca w tym stanie faktycznym.

Reasumując, w ocenie Izby mając na uwadze treść SWZ i Załączników 1 i 1a, sposób w jaki zostały skonstruowane oferty Przystępującego i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TravelBank (lider), nie może w okolicznościach tej sprawy skutkować odrzuceniem tych ofert w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5) i 10) ustawy Pzp, jak wywodzi Odwołujący. Sporne postanowienie nie jest bowiem jednoznaczne. Zamawiający nie zdefiniował wprost pojęcia „*połączenie bezpośrednie*” i możliwa jest zarówno taka jego interpretacja jak wskazał Odwołujący, lecz nie tylko, bowiem stanowisko Zamawiającego i Przystępującego też należy uznać za uprawnione.

Wobec ustalenia, że interpretacja spornego postanowienia SWZ jaką zastosowali Zamawiający, Przystępujący i wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia TravelBank jest w okolicznościach tej sprawy uprawniona, zarzut naruszenia art. 204 ust. 1 ustawy Pzp również podlegał oddaleniu. Ponadto zarzut ten jest lakoniczny i nie wynika z jego uzasadnienia z jakich powodów Zamawiający miałby uznać, że TravelBank i Przystępujący „*nie przedstawili odpowiednich dokumentów do obliczenia ceny i przyznać im 0 punktów*”.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1) i 2) lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodnicząca: