

WYROK
z dnia 3 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bankowe Biuro Podróży TravelBank Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz eTravel Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Instytut Adama Mickiewicza z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy WhyNotTravel Załoga Nasternak Spółka komandytowa z siedzibą w Kielnarowej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i 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.

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 2023 r. poz. 1605, 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:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Instytut Adama Mickiewicza z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę rezerwacji, zakupu i dostawy krajowych i międzynarodowych biletów lotniczych dla Instytutu Adama Mickiewicza. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21 czerwca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 118-368322.

I. W dniu 19 października 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Bankowe Biuro Podróży TravelBank Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz eTravel Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp. k. z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;
2. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp. k. jako niezgodnej z SWZ;
3. dokonania wyboru oferty wykonawcy WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp. k., pomimo że treść oferty jest niezgodna z SWZ;
4. zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
5. zaniechania podpisania protokołu z postępowania przez Komisję Przetargową oraz zatwierdzenia protokołu przez kierownika Zamawiającego lub osobę upoważnioną;
6. zaniechania załączenia do protokołu z postępowania pism Odwołującego skierowanych do Zamawiającego dotyczących systemu rezerwacji, z którego korzysta PLL LOT.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.; dalej: „ustawa Pzp”) z uwagi na zaniechanie wykluczenia WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp. k. z postępowania z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do informacji potwierdzających spełnienie

- warunków udziału w Postępowaniu (punkt 2.4.1 lit. A Części II SWZ i Załącznik Nr 7 do SWZ);
- 2.art. 128 ust. 5 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i niezwrócenie się bezpośrednio do podmiotów, które wystawiły WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp. k. referencje, do udzielenia Zamawiającemu informacji w zakresie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu;
- 3.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp. k., pomimo że podlega ona wykluczeniu z Postępowania i nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu;
- 4.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp. k., mimo iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. Załącznikiem nr 1a do SWZ;
- 5.art. 239 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy WhyNotTravel Załoga NasternakSp. k., pomimo że oferta ww. wykonawcy była ofertą niezgodną z SWZ, natomiast oferta Odwołującego była najkorzystniejszą ofertą co do ceny i jakości świadczenia usług;
- 6.art. 71 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 i § 3 pkt 15, 22 i 23 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2020 r. poz. 2434; dalej: „23 r.w.s.p.p.”) poprzez brak podpisów Komisji Przetargowej na protokole postępowania oraz brak zatwierdzenia protokołu przez kierownika Zamawiającego lub osobę upoważnioną, jak również brak informacji o korespondencji kierowanej przez Odwołującego do Zamawiającego dotyczącej systemu GDS i uchybień w tym zakresie przez wykonawcę WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp. k.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.uchylenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 2.przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący stwierdził, co następuje:

Zarzut nr 1. Odwołujący stoi na stanowisku, że WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp.k. wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, co stanowi podstawę wykluczenia go z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp.k. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego uzupełnił JEDZ oświadczając, że realizuje m. in. umowy na rzecz spółek Time 4 Travel Sp. z o.o. i Biuro Podróży Happy Ticket s.c., z podaniem dat, zakresu oraz wartości zrealizowanej usługi. Następnie złożył wśród podmiotowych środków dowodowych referencje od obydwu podmiotów. Spółka Time 4 Travel Sp. z o. o. jest aktywnie działającym Agentem IATA (logo w referencji), posiada własne umowy z liniami lotniczymi, zatrudnia kasjerów lotniczych, obsługuje własnymi zasobami wielu klientów w zakresie m.in. rezerwacji i sprzedaży biletów lotniczych. Spółka Time4Travel Sp. z o.o. jest prężnie działającym podmiotem na rynku podróży służbowych, na takich samych zasadach co WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp.k czy Odwołujący. Tym samym, zaprezentowanie w ramach wykazu usług obsługi innego Agenta IATA, który za swoje sprzedaże otrzymuje wynagrodzenie od przewoźników jest próbą wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Z treści przedstawionych przez Spółkę Time 4 Travel Sp. z o. o. referencji wynika jakoby ww. podmioty realizowały wspólnie z WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp.k. „umowę w zakresie: rezerwacji, zakupu i dostawy biletów lotniczych na krajowe i zagraniczne przewozy pasażerskie” na rzecz podmiotów zamawiających usługi: „Firma Time4Travel Sp. z o. o, z siedzibą: Aleja Zjednoczenia 36, 01-830 Warszawa niniejszym oświadcza, że od dnia 02.05.2019 r. realizuje z firmą WhyNotTravel Załoga Nasternak sp.k. z siedzibą: Kielnarowa 108A 36-020 Tyczyn umowę w zakresie: rezerwacji, zakupu i dostawy biletów lotniczych, kolejowych oraz promowych na zagraniczne przewozy pasażerskie.” Treść referencji może świadczyć, że WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp.k. realizuje we współpracy (może konsorcjum) z wystawcą referencji zlecenia w zakresie rezerwacji, zakupu i dostawy biletów lotniczych na krajowe i zagraniczne przewozy pasażerskie na rzecz osób trzecich lub że usługi te są świadczone na rzecz pośrednika oferującego usługi turystyczne, jak na rzecz Zamawiającego. Tym samym nie są to referencje wystawione przez podmiot gospodarczy, który korzystał z usług WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp.k. w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, wobec czego referencje te, zdaniem Odwołującego, nie spełniają wymagań Zamawiającego. Kolejną usługę, jaką wskazała spółka WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp.k. na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, to zamówienia realizowane z Biurem Podróży Happy Ticket s.c. Biuro Podróży Happy Ticket s.c. jest pośrednikiem oferującym usługi turystyczne, nie posiadające licencji IATA. Biura nie posiadające licencji „kupują” bilety u podmiotów posiadających akredytację IATA. W tym przypadku WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp.k. może udostępniać swoje możliwości technologiczne, żeby umożliwić BP Happy Ticket s.c. wystawienie biletów lotniczych. Podobnie jak w przypadku referencji wystawionych przez Time 4Travel Sp. z o.o. zachodzi wątpliwość czy realizacja usług na rzecz Biura Podróży Happy Ticket s.c. dotyczy biletów kupowanych przez BP Happy Ticket w WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp.k., czy też dotyczy wspólnej obsługi klientów Biura Happy Ticket. Biorąc pod uwagę zasady działania Agentów IATA

obsługujących Agentów non-IATA jest to z pewnością wspólna obsługa. Odwołujący kwestionuje również prawidłowość referencji otrzymanej przez spółkę WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp.k. od Polskiej Żeglugi Powietrznej, z której treści nie wynika czy usługa została wykonana należycie, a jedynie wskazuje, iż podmiot wystawiający referencję nie naliczył kar umownych. Zdaniem Odwołującego sposób, w jaki WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp.k. wykazało spełnienie warunku udziału w Postępowaniu w odniesieniu do wymagań określonych w punkcie 2.4.1 lit. A Części II SWZ i Załączniku Nr 7 do SWZ w istocie stanowi wprowadzenie Zamawiającego w błąd celem wpłynięcia na wynik Postępowania.

Zarzut nr 2. W ocenie Odwołującego, w tym stanie rzeczy konieczne było skorzystanie przez Zamawiającego z uprawnienia przewidzianego w przepisie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp. Potwierdzenie się okoliczności opisanych w treści odwołania stanowi, zdaniem Odwołującego, przesłankę do wykluczenia WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp.k. z Postępowania bez wzywania do uzupełniania wykazu usług. Niedopuszczalnym jest, aby informacje nieprawdziwe mogły zostać zastąpione informacjami prawdziwymi w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp. Jeżeli jednak Izba uzna, iż powstają wątpliwości co do wprowadzenia w błąd Zamawiającego przez WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp.k., możliwe jest skorzystanie z dyspozycji art. 128 ust. 4 ustawy Pzp i nakazanie wezwania WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp.k. do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Zarzut nr 3. Odwołujący wskazał, że brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu prowadzi do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp, przy czym wykluczenie wykonawcy jest czynnością ostateczną, a przed jej dokonaniem na Zamawiającym ciążyą ustawowe obowiązki zmierzające do ustalenia, czy wykonawca wymaganych zdolności zawodowych nie posiada. Mogą to być np. obowiązki ustanowione w art. 128 ust. 4 ustawy Pzp dotyczące wezwania do złożenia wyjaśnień co do przedłożonego wykazu osób bądź jego uzupełnienia lub poprawienia. Zdaniem Odwołującego Zamawiający tego obowiązku nie wykonał. Pismem z dnia 07.09.2023 r. Zamawiający wezwał WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp.k. do uzupełnienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ). Następnie 20.09.2023 Zamawiający wezwał WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp.k. do przedstawienia dowodów określających, że usługi wskazane w JEDZ zostały wykonane lub są wykonywane należycie. WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp.k. złożył wprawdzie podpisane przez siebie oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, ale przedstawione referencje nie odpowiadają warunkom stawianym przez Zamawiającego i wprowadzają go w błąd. Od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego wymaga się należytej staranności. Obejmuje ona znajomość obowiązujących przepisów prawa oraz wynikających z niego konsekwencji. Zdaniem Odwołującego okoliczności dotyczące spełniania przez wykonawcę wymagań Zamawiającego dotyczących warunków udziału w postępowaniu przez przedstawienie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług nie mogą już być wykazane przez WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp.k. w badanym postępowaniu. Zamawiający nie może skierować do WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp.k. ponownego wezwania o złożenie nowych referencji. Wezwanie do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi wyjątek od obowiązku złożenia przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów wymaganych na danym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to, że nie może być ponawiane bez obrazy zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp.k. byłby bowiem traktowany lepiej niż wykonawcy, którzy złożyli wymagane dokumenty.

Zarzut nr 4. Wskazując na naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że zgodnie z załącznikiem 1a do SWZ Zamawiający wymagał przedstawienia przykładowych połączeń lotniczych na trasach: Warszawa – Los Angeles – Warszawa, Warszawa – Tokio – Warszawa, Paryż – Warszawa – Paryż i Warszawa – Frankfurt n/Menem – Warszawa. Zamawiający ponadto wymagał, aby dla każdej trasy wydruk biletu cyt.: „W załączeniu należy przekazać dla każdej z ww. trasy kalkulację w formie potwierdzenia elektronicznego wydruku z systemu rezerwacji. Za wystarczający dokument Zamawiający uzna wydruk biletu lotniczego z systemu rezerwacji GDS lub NDC ...” Wykonawca WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp. k. na trasach Paryż – Warszawa – Paryż i Warszawa – Frankfurt – Warszawa załączył bilety wystawione na stronie internetowej linii lotniczej PLL LOT odpowiednio we Francji i w Niemczech. Bilety te zostały wystawione w systemie Amadeus Altéa, który nie jest systemem GDS (Globalny System Dystrybucji) ani NDC. Jest to system dedykowany liniom lotniczym. Zgodnie z informacją przekazaną Odwołującemu przez Amadeus Polska Sp. z o. o. Amadeus Altea to kompletny, zintegrowany system obsługi pasażerów oferujący pełne możliwości rezerwacji, inwentaryzacji i kontroli odlotów, który nie jest Globalnym Systemem Dystrybucji (GDS). Wobec powyższego bilety te nie zostały wystawione w globalnym systemie dystrybucji biletów lotniczych, np. Selling Platform Connect, służącym do rezerwacji i realizacji zamówień przez biura podróży przez globalny system dystrybucji Amadeus GDS. Zamawiający, działając na podstawie art. 223 ustawy Pzp, wezwał Spółkę WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp.k. do wyjaśnienia złożonej oferty w tym zakresie. W odpowiedzi na wezwanie WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp.k. oświadczył, że cyt.: „Przedmiotowe bilety pochodzą z systemu GDS – Amadeus.... „. Na potwierdzenie powyższego wykonawca załączył e-maila od przewoźnika lotniczego PLL LOT z dnia 18.08.2023 r. Z załączonego e-maila nie wynika, aby bilety pochodziły z systemu GDS. W treści wiadomości jedynie wskazano, że bilety zostały wystawione na stronie

internetowej PLL LOT www.lot.com w systemie Amadeus, nie doprecyzowując, że chodzi tutaj o system Amadeus – Altea, który nie jest systemem GDS. Co więcej, PLL LOT zapytane wprost w jakim systemie są wystawiane bilety w biurach własnych PLL LOT i stronach internetowych, wskazuje, że „Bilety w naszych własnych Biurach, w tym lot.com, są wystawiane w ramach modułu Amadeus – Altea ETS (ETS=Electronic Ticket Server).” W ocenie Odwołującego Wykonawca WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp.k. wprowadził również Zamawiającego w błąd podając w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień nieprawdziwe informacje co do systemu, z którego pochodzą bilety lotnicze. Wykonawca WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp.k. jest profesjonalistą wysokiej klasy w branży turystycznej i zapewne posiada dokładną wiedzę jakimi systemami rezerwacji posługują się poszczególni przewoźnicy. Bilety, o których mowa powyżej, są biletami przewoźnika lotniczego PLL LOT i nie zostały wystawione w biurze wykonawcy, za pomocą systemu, do którego używania wykonawca zobowiązał się w treści złożonej oferty. Zgodnie z postanowieniami załącznika 1a do SWZ Zamawiający zastrzegł cyt.: „Załączenie wydruków biletu lotniczego, z którego treści będzie wynikać niezgodność z powyższymi wymaganiami skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp”.

Zarzut nr 5. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający wybrał ofertę WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp.k., pomimo że oferta złożona przez tego wykonawcę była niezgodna z SWZ. Pojęcie „warunków zamówienia” zostało zdefiniowane w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp.

Zarzut nr 6. Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 71 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 i § 3 pkt 15, 22 i 23 r.w.s.p.p. Zgodnie z art. 71 ust. 1 p.z.p. Zamawiający dokumentuje przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, sporządzając w jego toku protokół postępowania. Postanowienie § 2 ust. 1 r.w.s.p.p., przewiduje, że Zamawiający dokumentuje czynności i zdarzenia związane z danym zamówieniem publicznym lub umową ramową w uporządkowany sposób, umożliwiający odtworzenie chronologicznego przebiegu wszystkich etapów danego postępowania oraz istotnych czynności poprzedzających jego wszczęcie, a także czynności związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej. Stosownie do dyspozycji § 3 pkt 15, 22 i 23 r.w.s.p.p. protokół postępowania zawiera informacje dotyczące zatwierdzenia prac komisji przetargowej / osób wykonujących czynności związane z przeprowadzeniem postępowania, osoby sporządzającej i podpisującej protokół postępowania oraz kierownika Zamawiającego zatwierdzającego protokół postępowania albo pracownika Zamawiającego upoważnionego przez kierownika zamawiającego do zatwierdzenia protokołu postępowania. Obowiązek ten oznacza, że zatwierdzenie prac komisji przetargowej oraz zatwierdzenie protokołu postępowania powinno zostać dokonane we właściwym czasie przez złożenie podpisu wraz z datą. Osoba zatwierdzająca protokół postępowania powinna posiadać umocowanie do dokonania tej czynności w chwili dokonywania czynności. Brak podpisów kierownika zamawiającego lub osoby upoważnionej, zatwierdzających prace komisji przetargowej oraz protokół postępowania, stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp (patrz: wyniki kontroli nr UZP/DKUE/KD/16/2017; podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale nr KIO/KD 33/10). Obowiązek prowadzenia protokołu w sposób uporządkowany oznacza, że poszczególne czynności winny zostać udokumentowane w protokole sukcesywnie po ich dokonaniu. Zamawiający nie wywiązał się należycie z tego obowiązku. Zamawiający nie dokumentował korespondencji kierowanej do niego przez Odwołującego w zakresie informacji dotyczącej systemu GDS tj. informacji (korespondencji) otrzymanej przez Odwołującego od Amadeus Polska sp. z o.o. i PLL LOT i przesłanej przez Odwołującego do Zamawiającego. Na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów prawa zaniechanie prowadzenia protokołu postępowania w uporządkowany sposób, umożliwiający odtworzenie chronologicznego przebiegu wszystkich etapów danego postępowania, stanowić będzie naruszenie art. 71 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 15, 22 i 23 r.w.s.p.p. W przypadku stwierdzenia takiego naruszenia w wyniku kontroli Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych przysługują uprawnienia określone w art. 611 i 612 ustawy Pzp.

II. Pismem wniesionym w dniu 31 października 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający oświadczył, że uznaje odwołanie w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 128 ust 4 ustawy Pzp, tj. zaniechania przez Zamawiającego wezwania Wykonawcy WhyNotTravel Załoga Nasternak spółka komandytowa do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W zakresie pozostałych zarzutów Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 2 listopada 2023 r. Zamawiający oświadczył, że wobec braku katerygrycznie postawionego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp cofa oświadczenie o częściowym uwzględnieniu zarzutów odwołania i w związku z tym wnosi o oddalenie odwołania w całości.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca WhyNotTravel Załoga Nasternak Spółka komandytowa z siedzibą w Kielnarowej (dalej: „Przystępujący”). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że pomiędzy stronami (i uczestnikiem postępowania odwoławczego) nie było sporu co do okoliczności faktycznych w zakresie przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto, Izba uznała, że dowody złożone

przez Odwołującego i Przystępującego w toku postępowania odwoławczego nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp. k. z postępowania z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do informacji potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu (punkt 2.4.1 lit. A Części II SWZ i Załącznik Nr 7 do SWZ)

Zarzut ten podlegał oddaleniu, gdyż Zamawiający nie przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu ani specyfikacji warunków zamówienia podstawy wykluczenia z postępowania wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Natomiast zgodnie z przepisem art. 109 ust. 2 ustawy Pzp jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Z przepisu tego wynika, że możliwość zbadania przez zamawiającego braku podstaw wykluczenia w zakresie przesłanek fakultatywnych występuje wyłącznie wtedy, gdy zamawiający przewidzi to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 5 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i niezwrócenie się bezpośrednio do podmiotów, które wystawiły WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp. k. referencje, do udzielenia Zamawiającemu informacji w zakresie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu

Zarzut nie mógł zostać uwzględniony, gdyż sam Odwołujący w ramach uzasadnienia tego zarzutu stwierdził, że nie ma podstaw do zastąpienia informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp. Uzasadnienie podniesionych zarzutów powinno zostać przedstawione w odwołaniu, a Izba nie może w tym zastępować odwołującego.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp. k., pomimo że podlega ona wykluczeniu z Postępowania i nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu

Na wstępie należy zauważyć, że w ramach uzasadnienia tego zarzutu nie wyjaśniono konkretnie okoliczności faktycznych, które miały świadczyć o zaistnieniu podstawy odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp. Podstawy faktycznej tego zarzutu można jedynie się domyślać biorąc pod uwagę całą treść uzasadnienia odwołania. Należy zatem przypomnieć, że zarzuty powinny zostać określone i uzasadnione w sposób jasny i konkretny, tak aby nie było wątpliwości, co jest przedmiotem zarzutu. Przede wszystkim jednak należy zauważyć, że zaistnienie podstawy do odrzucenia oferty wobec niewykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu możliwe jest w sytuacji uprzedniego wystosowania przez zamawiającego do wykonawcy wezwania, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, chyba że zachodzą przypadki wskazane w tym przepisie. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Żadna z sytuacji wskazanych w pkt 1) lub 2) ww. przepisu nie wystąpiła w postępowaniu. Wobec zatem braku uprzedniego zastosowania procedury określonej w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp nie mógł podlegać uwzględnieniu. Natomiast zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie został postawiony. Tak samo brak jest w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, który przewiduje możliwość wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. O możliwości nakazania przez Izbę Zamawiającemu wezwania Przystępującego do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp Odwołujący wspomniał jedynie w ramach uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 128 ust. 5 ustawy Pzp. Na konieczność postawienia samodzielnego zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, ewentualnie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wskazuje sytuacja, jaka zaistniała w niniejszej sprawie. Zamawiający nie mógł częściowo uwzględnić odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż taki zarzut nie został w odwołaniu postawiony (z tego powodu Zamawiający cofnął oświadczenie o częściowym uwzględnieniu zarzutów odwołania). W takiej sytuacji Izba nie może uwzględnić odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp i nakazać Zamawiającemu wezwania Przystępującego do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Niezależnie od tego, że art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp dotyczy zaniechania odrzucenia oferty, a nie zaniechania wezwania do udzielenia wyjaśnień, takie rozstrzygnięcie byłoby niesprawiedliwe wobec Zamawiającego, któremu

Odwołujący uniemożliwił – z uwagi na konstrukcję zarzutów odwołania – złożenie oświadczenia o ich częściowym uwzględnieniu (w ww. zakresie). Ponadto, nie można stwierdzić, że uprzednie wezwanie do uzupełnienia dokumentu JEDZ na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wyczerpało możliwość wezwania Przystępującego na tej podstawie (art. 128 ust. 1 ustawy Pzp) do uzupełnienia lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych - co do zasady wezwania te, jako dotyczące różnych dokumentów, należy traktować odrębnie. Natomiast w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp należy odwołać się do uzasadnienia przedstawionego do zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp. k., mimo iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. Załącznikiem nr 1a do SWZ

Izba stwierdziła, że z postanowienia SWZ o treści „W załączeniu należy przekazać dla każdej z ww. trasy kalkulację w formie potwierdzenia elektronicznego wydruku z systemu rezerwacji. Za wystarczający dokument Zamawiający uzna wydruk biletu lotniczego z systemu rezerwacji GDS lub NDC, który posiada minimum następujące cechy: ...” nie wynika, że wyłącznie wydruki biletu z systemu GDS lub NDC odpowiadają ww. wymaganiu Zamawiającego. Zdaniem składu orzekającego Izby Odwołujący błędnie rozumie słowo „wystarczający” jako wyłączny, jedyny możliwy. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN „wystarczający” oznacza «odpowiadający określonym wymaganiom». Określenie konkretnych dokumentów za wystarczające nie oznacza, że inne dokumenty nie mogą zostać również uznane za spełniające określony wymóg. Należy przyznać, że przywołane powyżej postanowienie SWZ nie jest do końca jasne i budzi pewne wątpliwości interpretacyjne. Jednakże zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wątpliwości co do rozumienia postanowień SWZ należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy. W związku z powyższym złożenie przez Przystępującego biletów wystawionych w innym systemie niż GDS lub NDC nie przesądza automatycznie o niezgodności jego oferty z warunkami zamówienia i zaistnieniu podstawy odrzucenia oferty wskazanej w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 239 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp. k., pomimo że oferta ww. wykonawcy była ofertą niezgodną z SWZ, natomiast oferta Odwołującego była najkorzystniejszą ofertą co do ceny i jakości świadczenia usług.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zgodnie z art. 239 ust. 2 ustawy Pzp najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Żaden z zarzutów odwołania nie dotyczył kryteriów oceny ofert. W związku z tym zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp podlegał oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 71 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 i § 3 pkt 15, 22 i 23 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2020 r. poz. 2434) poprzez brak podpisów Komisji Przetargowej na protokole postępowania oraz brak zatwierdzenia protokołu przez kierownika Zamawiającego lub osobę upoważnioną, jak również brak informacji o korespondencji kierowanej przez Odwołującego do Zamawiającego dotyczącej systemu GDS i uchybień w tym zakresie przez Wykonawcę WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp. k.

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Odwołujący nie wykazał jaki wpływ na wynik postępowania miałyby mieć wskazane przez niego braki w protokole postępowania. W związku z powyższym ww. zarzut nie podlegał uwzględnieniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: