

**WYROK**

**z dnia 09 stycznia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Sylwia Jankowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 09 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 22 grudnia 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **WhyNotTravel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn)** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Jednostka Wojskowa nr 2063, (ul. Banacha 2, 00-909 Warszawa)**

przy udziale wykonawcy **Bankowe Biuro Podróży TravelBank Sp. z o.o., (ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego WhyNotTravel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn)**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania **odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego WhyNotTravel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn)**
  - 2.2. zasądza od **Odwołującego WhyNotTravel Sp. z o.o., Sp.k., Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn** na rzecz **Zamawiającego - Jednostka Wojskowa nr 2063, (ul. Banacha 2, 00-909 Warszawa)** kwotę 3600 zł 0 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający Jednostka Wojskowa nr 2063 prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup i dostawa międzynarodowych biletów lotniczych i międzynarodowych biletów kolejowych dla instytucji będących na zaopatrzeniu finansowym JW2063.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE; Numer ogłoszenia z dnia 13 października 2016 r.: 2016/S 198-356739.

Odwołujący WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa wniósł odwołanie od następujących, podjętych niezgodnie z przepisami prawa czynności Zamawiającego: zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Bankowe Biuro Podróży TravelBank Sp. z o.o. wyboru oferty TravelBank sp. z o.o., jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TravelBank pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ze względu na niezłożenie przez tego Wykonawcę odpowiednich dokumentów, które pozwoliłyby na przeprowadzenie oceny jego oferty w kryterium suma cen brutto biletów lotniczych międzynarodowych i biletów kolejowych międzynarodowych, art. 91 ust. 1. ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez przyznanie punktów mimo niewykazania odpowiednich danych przez Wykonawcę TravelBank, art. 91 ust. 1. ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez przyznanie punktów Wykonawcy TravelBank na podstawie uzupełnionych dokumentów.

Odwołujący wniósł o odrzucenie oferty Wykonawcy TravelBank; ewentualnie przyznanie Wykonawcy TravelBank 0 punktów w kryterium: suma cen brutto biletów lotniczych międzynarodowych i biletów kolejowych międzynarodowych, wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Zgodnie z rozdziałem XIII pkt 1 Specyfikacji, kryterium wyboru oferty był najkorzystniejszy bilans: suma cen brutto biletów lotniczych międzynarodowych i biletów kolejowych międzynarodowych, w tym (m.in.):

a) sumy cen brutto 10 biletów lotniczych międzynarodowych wyliczonej na podstawie przygotowanej przez Wykonawcę oferty sprzedaży według zamówienia Zamawiającego, zgodnie z zał. nr 1 do Formularza ofertowego;

b) sumy cen brutto 3 biletów kolejowych międzynarodowych wyliczonej na podstawie przygotowanej przez Wykonawcę oferty sprzedaży według zamówienia Zamawiającego, zgodnie z zał. nr 1 do Formularza ofertowego

Wykonawca Travel Bank zamiast 3 biletów kolejowych międzynarodowych złożył ich podpisane kopie, nie opatrując dopiskiem: za zgodność z oryginałem. Odwołujący wskazał, że uzyskane przez Wykonawcę TravelBank bilety kolejowe nie stanowią wydruków z ogólnodostępnego systemu sprzedaży biletów, ale są biletami zakupionymi w kasie PKP. Oznacza to, iż aby uznać takie bilety za złożone należało złożyć je w oryginale lub w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. *A contrario* kopie takich biletów należy uznać w ogóle za niezłożone.

Zgodnie z rozdziałem X pkt 8 Specyfikacji: „W przypadku, gdy Wykonawca jako załącznik do oferty, dołączy kserokopię jakiegoś dokumentu, zgodność kserokopii z oryginałem winna być potwierdzona przez osobę upoważnioną do podpisywania oferty oraz opatrzona datą potwierdzenia. Kserokopię należy opisać następująco: «za zgodność z oryginałem».”

Zamawiający wezwał Wykonawcę TravelBank na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia biletów kolejowych. Wykonawca TravelBank to żądanie spełnił, uznając tym samym jego zasadność.

Zdaniem Odwołującego, nie jest dopuszczalne wzywanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, w zakresie innym, aniżeli dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to jest w celu uczestnictwa w postępowaniu. W szczególności, nie jest możliwe uzupełnienie dokumentów dla przyznania wyższej punktacji w przyjętych kryteriach oceny ofert. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów dotyczących kryteriów oceny ofert w sposób jawny stoi w sprzeczności z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp to może prowadzić do manipulacji wynikami przetargu po terminie otwarcia ofert. Jedynie od danego wykonawcy wszak zależy, czy i w jakim zakresie uzupełni dokumenty dotyczące kryteriów - pozwala to na nieuprawnione przesuwanie się w rankingu po zaznajomieniu się z ofertami innych Wykonawców.

Wobec tego, zdaniem Odwołującego, dokumenty uzupełnione na żądanie Zamawiającego należy uznać za uzupełnione nieskutecznie i w konsekwencji: uznać ofertę Wykonawcy TravelBank za niezgodną ze Specyfikacją i ją odrzucić; ewentualnie - przyznać Wykonawcy Travelbank 0 punktów w kryterium suma cen brutto biletów lotniczych międzynarodowych i biletów kolejowych międzynarodowych.

Do niniejszego postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca Bankowe Biuro Podróży Travelbank sp. z o.o.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym chyba, że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Należy wskazać, że przepis ten nie zawiera zamkniętego katalogu dokumentów, które podlegają uzupełnieniu na wezwanie Zamawiającego. Wręcz przeciwnie: w hipotezie tego przepisu mieszczą się także inne, nie wymienione wprost dokumenty. Takie rozumienie brzmienia tego przepisu wynika wprost ze sformułowania „lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.” Powyższe oznacza odejście w procedurze zamówień publicznych od nadmiernego formalizmu i kazuistyki.

Odwołujący w trakcie rozprawy stwierdził, że „clou odwołania dotyczy okoliczności, iż Zamawiający uznał, że coś jest nie tak z dokumentami i wezwał wykonawcę do uzupełnienia tych dokumentów”. Oznacza to, że podstawą zarzutów podniesionych w odwołaniu jest okoliczność wezwania Odwołującego przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów. Jak wyżej wskazano, treść art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje Zamawiającemu wezwanie wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, jeżeli oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym chyba, że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie

postępowania. Skoro zatem art. 26 ust. 3 nakazuje wezwanie do uzupełnienia dokumentów w przypadku ich braku lub w celu poprawienia dokumentów złożonych przez wykonawcę, to zarzuty postawione w przedmiotowym odwołaniu są oczywiście bezzasadne. Co więcej, za naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych mogłoby zostać uznane zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w przypadku, gdy spełniona jest hipoteza art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podkreślić należy, że wymagane dokumenty (bilety) zostały złożone wraz z ofertą. Zostały podpisane przez wykonawcę. Odwołujący w żaden sposób nie zaprzeczył treści dokumentów, nie podważył danych z nich wynikających. Już powyższe okoliczności oznaczają, że wykonawca przedstawił wraz z ofertą wymagane dokumenty, które potwierdziły dane wpisane w treści oferty.

Na kwestionowanych przez Odwołującego dokumentach zabrakło natomiast stwierdzenia „za zgodność z oryginałem”. Taki brak jest usuwalny w świetle brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W treści tego artykułu – jak wskazano powyżej - ustawodawca przewidział możliwość konwalidowania wszelkich braków (w tym niekompletności dokumentów, ich poprawiania, także w sytuacji, gdy dokumenty budzą wątpliwości – Zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia). Celem wprowadzenia ww. przepisu było odformalizowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w taki sposób, aby sam fakt wystąpienia formalnego braku nie powodował konieczności odrzucenia oferty.

Należy także zauważyć, że dokumenty w postaci biletów nie stanowiły kryterium oceny ofert. Kryterium oceny ofert stanowiła suma poszczególnych cen wpisana w treści formularza ofertowego. To zatem cena była kryterium oceny ofert. Dokumenty w postaci biletów stanowiły jedynie dodatkowe potwierdzenie proponowanych tras, czy cen podróży. Potwierdzały także, że oferowana usługa spełnia wymagania Zamawiającego dotyczące trasy przejazdu (jak w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Z punktu widzenia prowadzonego postępowania, złożenie tych dokumentów (pierwotnie) bez dopisku „za zgodność z oryginałem” nie ma żadnego wpływu na postępowanie, czy na możliwość przyznania punktów i dokonanie oceny oferty. Treść dokumentów nie ulegała zmianie, a brak został uzupełniony, stosownie do obowiązujących przepisów prawa.

Bez znaczenia pozostają wywody Odwołującego o doniosłości formy prawnej. Już dawno bowiem ustawodawca zauważył i dał wyraz istotności i doniosłości treści dokumentu, która ma podstawowe znaczenie. Ponownie należy podkreślić, że Odwołujący nie zaprzeczył, że Przystępujący wraz z ofertą złożył dokumenty w postaci podpisanych biletów. Nadto Odwołujący nie zaprzeczył, że ich treść potwierdza informacje, które znalazły się w treści

oferty. Tym samym wszelka niezbędna treść oferty została przedstawiona i nie uległa zmianie. Wszelkie braki zaś zostały uzupełnione - jak powyżej wskazano, Zamawiający był uprawniony do wezwania do uzupełnienia kompletności tego dokumentu i tej czynności dokonał, zatem nie naruszył żadnego z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący w trakcie rozprawy stwierdził, że: „Dopiero potwierdzenie za zgodność z oryginałem pozwalało na przyznanie punktów ofercie”. Tym samym Zamawiający postąpił zgodnie z wszelkimi wymaganiami, także przyznanymi w trakcie rozprawy przez Odwołującego. W ocenie Izby, Zamawiający dopełnił wszelkich wymogów starannego działania poprzez wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentu we właściwej formie.

Zamawiający dokonał wyboru oferty TravelBank sp. z o.o., która uzyskała najwyższą punktację, a ocena oferty została przeprowadzona zgodnie z kryteriami określonymi w SIWZ. Oceny dokonano na podstawie ceny wpisanej do formularza ofertowego. Tym samym Zamawiający nie naruszył także art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....