

Sygn. akt: KIO 2192/22

WYROK
z dnia 5 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Tyczynie**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Obrony Narodowej**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Bankowe Biuro Podróży Travelbank Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie**, **eTravel S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego daty udzielenia pełnomocnictwa osobie, która podpisała ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Bankowe Biuro Podróży Travelbank Sp. z o. o.**, **eTravel S.A.**;
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Tyczynie** 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;
 - 3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Ministerstwo Obrony Narodowej – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Usługa rezerwacji, sprzedaży i dostawy biletów lotniczych, kolejowych na zagraniczne i krajowe wyjazdy służbowe na potrzeby Ministerstwa Obrony Narodowej*. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 czerwca 2022 r. pod nr 2022/S 117-330802.

W dniu 22 sierpnia 2022 r. wykonawca WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. wniósł odwołanie wobec czynności badania, oceny oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum: Bankowe Biuro Podróży „TRAVELBANK” Sp. z o.o., eTRAVEL S.A. i zaniechania odrzucenia tej oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo niewykazania, że zaoferowane w formularzu ofertowym ceny za: (1) opłatę transakcyjną za wystawienie jednego biletu lotniczego na trasie międzynarodowej oraz (2) opłatę transakcyjną za wystawienie jednego biletu kolejowego na trasie międzynarodowej, nie są rażąco niskie w stosunku do rzeczywistej wartości usług i pokrywają wszystkie koszty wykonania zamówienia w tym zakresie;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulacji ceną za: (1) opłatę transakcyjną za wystawienie jednego biletu lotniczego na trasie międzynarodowej oraz (2) opłatę transakcyjną za wystawienie jednego biletu kolejowego na trasie międzynarodowej;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w sytuacji, gdy wniesione przez Konsorcjum w formie gwarancji bankowej wadium nie umożliwia zaspokojenia roszczeń Zamawiającego z tytułu zdarzeń, które wystąpią w całym okresie ważności gwarancji;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 104 k.c. przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo że oferta ta została złożona przez podmiot nieumocowany, ewentualnie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów potwierdzających umocowanie osoby składającej ofertę.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum, powtórzenia czynności oceny ofert i odrzucenia oferty Konsorcjum, względnie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów potwierdzających prawidłowe umocowanie osoby podpisującej ofertę.

Zarzuty nr 1 i 2

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ – Formularz ofertowy, Zamawiający wymagał rozbicia ceny ofertowej i oddzielnej wyceny opłat transakcyjnych za różne rodzaje usług objętych przedmiotem zamówienia: cena opłaty transakcyjnej za jeden bilet lotniczy na trasie krajowej, cena opłaty transakcyjnej za jeden bilet lotniczy na trasie międzynarodowej, cena opłaty transakcyjnej za jeden bilet kolejowy na trasie krajowej oraz cena opłaty transakcyjnej za jeden bilet kolejowy na trasie międzynarodowej. Według postanowień Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy oraz Załącznika nr 3 – Opis przedmiotu zamówienia, powyższe usługi są odrębnie szacowane przez Zamawiającego (w ujęciu ilościowym), rozróżniane rzeczowo oraz będą oddzielnie rozliczane za poszczególne usługi wykonane w danym okresie czasu według cen opłat transakcyjnych podanych w ofercie. Zgodnie z rozdz. 24 ust. 1 pkt 1-4 SWZ, powyższymi cenami skorelowano odpowiednie kryteria cenowe przypisując im następujące wagi:

Lp.	KRYTERIUM	WAGA
1	Cena opłaty transakcyjnej za jeden bilet lotniczy na trasie krajowej (OTLk)	10%
2	Cena opłaty transakcyjnej za jeden bilet lotniczy na trasie międzynarodowej (OTLm)	25%
3	Cena opłaty transakcyjnej za jeden bilet kolejowy na trasie krajowej (OT Kk)	15%
4	Cena opłaty transakcyjnej za jeden bilet kolejowy na trasie międzynarodowej (OT Km)	10%

W postępowaniu złożono trzy oferty z następującymi cenami opłat transakcyjnych:

	Wykonawca	Kryteria cenowe			
		Cena opłaty transakcyjnej za 1 bilet lotniczy na trasie krajowej	Cena opłaty transakcyjnej za 1 bilet lotniczy na trasie międzynarodowej	Cena opłaty transakcyjnej za 1 bilet kolejowy na trasie krajowej	Cena opłaty transakcyjnej za jeden 1 kolejowy na trasie międzynarodowej
1	WHYNOTTRAVEL Sp. z o. o. Sp. k.	0,01 zł	77,00 zł	6,90 zł	6,90 zł

2	Konsorcjum: Bankowe Biuro Podróży "TRAVELBANK", eTRAVEL S.A.	0,01 zł	9,00 zł	6,00 zł	0,01 zł
3	BUSINESS TRAVEL CLUB sp. z o.o.	40,00 zł	80,00 zł	20,00 zł	40,00 zł

Odwołujący podniósł, że powyższe zestawienie cen samo w sobie obrazuje, że cena opłaty transakcyjnej przy zakupie biletów lotniczych i kolejowych na trasach międzynarodowych oferowana przez Konsorcjum rażąco odbiega od warunków rynkowych oraz jako taka jest rażąco niska. Przed wszystkim jednak o takim charakterze ceny świadczy fakt, iż zaoferowanie cen za pośrednictwo przy zakupie biletów lotniczych na trasach międzynarodowych na poziomie 9 złotych oraz biletów kolejowych na trasach międzynarodowych na poziomie 1 grosza, nie pozwala pokryć kosztów własnych wykonawcy związanych ze świadczeniem tego rodzaju usług. Chodzi tu o koszty zmienne generowane przez wykonywaną usługę, jak też obliczane proporcjonalnie koszty stałe, które przychód uzyskiwany z danej usługi winien pokrywać.

Odwołujący wskazał, że 20 lipca 2022 r., działając w trybie art. 224 ust. 2 Pzp, Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanych cen. Konsorcjum udzieliło odpowiedzi na powyższe pismem z 27 lipca 2022 r. Zawarte w piśmie wyjaśnienia w przedmiocie ceny niemal w całości skutecznie zastrzeżono jako tajemnicą przedsiębiorstwa, stąd wyjaśnienia w tym zakresie nie zostały Odwołującemu ujawnione i nie są mu znane. Jednak nawet bez znajomości treści wyjaśnień i przywołanych tam okoliczności faktycznych, Odwołujący zakłada i wywodzi, że wykonawca nie udźwignął spoczywającego na nim – na mocy art. 224 ust. 5 ustawy Pzp – ciężaru dowodu w przedmiocie wykazania, że oferowana cena nie jest rażąco niska.

Odwołujący stwierdził, że może przypuszczać, iż główną okolicznością, jaką podało Konsorcjum w swoich wyjaśnieniach, wywodząc, że w oparciu o taką okoliczność mogło zaoferować tak niskie ceny za bilety lotnicze i kolejowe na trasach międzynarodowych, były prowizje, jakie otrzymuje od linii lotniczych i przewoźników kolejowych za sprzedaż ich biletów. W ocenie Odwołującego uzyskiwane przez Konsorcjum wpływy z prowizji nie są w stanie pokryć kosztów związanych bezpośrednio z daną usługą, a więc np. kosztów pracy (w odpowiednim wymiarze czasowym) personelu wykonującego obsługę klienta, jak też kosztów utrzymania sprzętu i zaplecza biurowego wykorzystywanego do obsługi danej transakcji/zlecenia oraz kosztów stałych prowadzonej działalności, które należy przypisać proporcjonalnie do danej usługi. Odwołujący zarzucił, że tego typu danych Konsorcjum w ogóle nie podało w swoich wyjaśnieniach, a już z pewnością ich nie wykazało.

Odwołujący podniósł, że nierealna wydaje się w szczególności cena opłat transakcyjnych za bilety kolejowe na trasach międzynarodowych w wysokości 1 grosza, która to cena została obliczona i podana w ofercie jedynie na potrzeby uzyskania maksymalnej punktacji w ramach adekwatnego kryterium oceny ofert. Cena ta nie może pokryć jakichkolwiek kosztów obsługi pośrednictwa biletowego, zwłaszcza w sytuacjach, w których niemożliwe będzie wystawienie i przesłanie biletu kolejowego przez Internet, ale konieczne będzie fizyczne udanie się przez pracownika wykonawcy do miejsca sprzedaży biletów, ich zakup, a następnie dostarczenie do siedziby Zamawiającego. Tak będzie się działo w przypadku biletów międzynarodowych polskiego przewoźnika - PKP Intercity S.A., których nie można kupić zdalnie. Należy założyć przy tym, że właśnie od tego podmiotu będzie pochodziła większość z 200 biletów kolejowych na trasach międzynarodowych, jakie szacuje i zamierza zakupić Zamawiający (według pkt. 2 OPZ).

Odwołujący podniósł, że nie są wiarygodne jakiegokolwiek ewentualne informacje i zapewnienia Konsorcjum, że koszty pośrednictwa w zakupie ww. biletów pokryją prowizje uzyskiwane od przewoźników kolejowych. W przeciwieństwie do rynku biletów lotniczych, gdzie wynagrodzenie prowizyjne agentów jest normą, w przewozach kolejowych nie jest ono rozpowszechnione. Na rynku kolejowym prowizje występują sporadycznie, a ich wysokość nie pozwala w całości pokryć kosztów usług z tym związanych w ten sposób, aby wynagrodzenie pochodzące od zlecającego (Zamawiającego) obniżyć do zera (tj. symbolicznej kwoty 1 grosza). Wątpliwe jest np. aby wykonawca miał jakiegokolwiek podstawy, aby założyć, że większość biletów kolejowych na trasach międzynarodowych, które zakupi na rzecz Zamawiającego, będzie pochodziło od Deutsche Bahn – przewoźnika, który oferuje wynagrodzenie prowizyjne podmiotom pośredniczącym w zakupie.

W odniesieniu do cen opłat transakcyjnych za bilety lotnicze na trasach zagranicznych zaoferowanych przez Konsorcjum (9 zł) Odwołujący podniósł, że najprawdopodobniej w tym zakresie w wyjaśnieniach Konsorcjum w ogóle nie uwzględniono i nie wykazano kosztów finansowych pozyskania środków pieniężnych na obsługę zakupu biletów dla Zamawiającego. Odwołujący zaznaczył, że w świetle zasad rozliczenia usług wynikających z § 8 projektu umowy, wykonawca w zasadzie kredytuje Zamawiającego w zakresie zakupu jego biletów, jednocześnie sam będąc zmuszony do pozyskania środków na opłacenie biletów dla Zamawiającego. Wykonawca kupuje bilety u przewoźnika, a następnie zakup ten rozlicza przez dodanie własnej opłaty transakcyjnej wynikającej z oferty do ceny biletu wynikającej z taryfy przewoźnika (§ 8 ust. 2 umowy), co łącznie fakturuje Zamawiającemu. Zgodnie z § 8 ust. 9 projektu umowy przewidywany termin zapłaty faktur rozliczających ceny biletów i ceny opłat transakcyjnych to 21 dni od dnia prawidłowo otrzymanej faktury. Tym samym, biorąc pod uwagę tygodniowe okresy rozliczania usługi

i wystawiania faktur (§ 8 ust. 1), niektóre bilety zostaną rozliczone i opłacone przez Zamawiającego dopiero po prawie pełnym miesiącu. Powyższe oznacza, że przez okres jednego miesiąca wykonawca nie odzyska pieniędzy, które musiał pozyskać i wydać na zakup biletu lotniczego na trasie międzynarodowej dla Zamawiającego. Natomiast bilety tego rodzaju są zdecydowanie najdroższymi biletami przewidywanymi do zakupu w ramach niniejszego zamówienia. Średnia cena tego rodzaju biletu dla Zamawiającego wynosiła dotychczas ok. 2600 zł. W okresie realizacji przedmiotowego zamówienia, uwzględniając inflację, wzrosty cen paliw i różnych opłat związanych z ruchem lotniczym, ceny te wynosiły będą z pewnością ponad 3000 zł. Stąd względem takiego okresu i takiej kwoty, wykonawca winien uwzględnić i oszacować koszty uzyskania finansowania swojej usługi (w zakresie zakupu biletu). Biorąc pod uwagę aktualną wartość stóp procentowych, pozyskanie kredytu bankowego w wysokości 3000 zł na okres 30 dni to koszt rzędu prawie 30 zł. Natomiast sama utrata wartości pieniądza przy 15% rocznej stopie inflacji to kolejne ponad 30 zł. Z pewnością tego rodzaju kosztów nie pokrywa cena opłaty transakcyjnej wynoszącej w przypadku Konsorcjum 9 zł. Brak wykazania pokrycia kosztów świadczenia usług jednoznacznie przesądza o niewykazaniu przez Konsorcjum realności zaoferowanej ceny i stanowi obligatoryjną podstawę odrzucenia oferty w oparciu o dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Uprowadzając ewentualne wyjaśnienia i argumentację Konsorcjum wskazujące, na to, że możliwe jest krzyżowe sfinansowanie kosztów wykonania jednych usług wykonywanych w ramach danego zamówienia wynagrodzeniem lub prowizjami uzyskiwanymi w związku z wykonywaniem innych usług, Odwołujący podniósł, że chociaż jest to dyskusyjne, to może być jedynie rozpatrywane w ograniczonym zakresie, np. w odniesieniu do zobowiązań wspólnych dla każdej z części zamawianych usług, np. takich jak szkolenia, utrzymanie koordynatora etc. Natomiast koszty bezpośrednio związane z daną usługą, lub koszty, które mogą być proporcjonalnie alokowane do tej usługi, powinny być rozliczane i pokrywane w ramach wynagrodzenia, które strony umownie do tej usługi przypisały. Odmienne działanie mogłoby stanowić nie tylko naruszenie przepisów podatkowych, ale wprost prowadziłoby do wypłacania wynagrodzenia za usługi, które nie są wykonywane. Przewidziane ceny opłat transakcyjnych są cenami jednostkowymi rozliczanymi niejako „obmiarowo” w odniesieniu do ilości wykonanych usług (zakupów danego rodzaju biletów) oraz powinny pokrywać koszty tych usług.

Odwołujący podniósł, że powyższe zaniżanie cen jednych usług/części zamówienia dokonane przez Konsorcjum, które są punktowane w ramach kryteriów oceny ofert, i przerzucania wynagrodzenia w tym zakresie do innych części, a w rezultacie ich wycena

w sposób sztuczny, bo nieadekwatny do kosztów wykonania danej części, dokonywane w celu uzyskania zwiększonej punktacji, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący powołał się na przepisy art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i podniósł, że czyn popełniony przez Konsorcjum można określić jako sprzeczną z prawem i dobrymi obyczajami „manipulację cenową” lub sprzedaż usług poniżej kosztów świadczenia celem uzyskania zamówienia i eliminacji konkurencji, o której mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy. Konsorcjum zniżyło ceny za opłaty transakcyjne w segmencie usług dotyczących biletów lotniczych i kolejowych na trasach międzynarodowych, celem uzyskania w tych pozycjach jak największej ilości punktów, gdy jednocześnie ewentualne niedobory przychodów z tytułu wynagrodzenia za te usługi w stosunku do kosztów jakie usługi te generują, zamierza pokryć z wynagrodzenia i prowizji uzyskiwanych za usługi z innych pozycji lub wręcz sfinansować skrośnię z przychodów uzyskiwanych poza tym zamówieniem.

Zarzut nr 3

Odwołujący wskazał, że w rozdziale 26 SWZ Zamawiający określił wymagania dotyczące wadium, zobowiązując wykonawców do wniesienia wadium w wysokości 20.000,00 zł. Termin związania ofertą upływa 14 października 2022 r. Konsorcjum wniosło wadium w formie gwarancji bankowej nr 86200-02-0357790. W treści gwarancji bankowej określono jej ważność do 14 października 2022 r. oraz wskazano, że gwarancja bankowa wygasa automatycznie i całkowicie, jeśli żądanie zapłaty oraz oświadczenie beneficjenta nie zostaną złożone u gwaranta zgodnie z postanowieniami gwarancji do tego dnia. Po tym terminie gwarancja staje się bezprzedmiotowa i nieważna.

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że gwarancja bankowa została ukształtowana w taki sposób, że realizacja uprawnień beneficjenta gwarancji (Zamawiającego) może zostać dokonana wyłącznie w terminie ważności gwarancji, który został wyznaczony na ostatni dzień terminu związania ofertą (a więc został z nim zrównany). Ponadto, jak wynika z treści gwarancji, żądanie zapłaty dla jego uznania za skuteczne musi być sporządzone i przedłożone do Banku-Gwaranta w ściśle określonej formie (w oryginale, lub za pośrednictwem systemu SWIFT, w każdym przypadku z podpisami potwierdzonymi przez bank Beneficjenta-Zamawiającego). Uniemożliwia to Zamawiającemu zgłoszenia żądania zapłaty z tytułu zdarzeń, które wystąpią w ostatnim dniu ważności gwarancji.

Z uwagi na powyższe Odwołujący podniósł, że ww. gwarancja bankowa nie jest bezwarunkowa i nie zabezpiecza oferty Konsorcjum oraz nie chroni interesu Zamawiającego w sposób prawidłowy. W sytuacji, gdyby roszczenie Zamawiającego zostało zgłoszone po dacie wskazanej w gwarancji, nawet jeśli przesłanka zatrzymania wadium ziściłaby się

w okresie ważności gwarancji (w ostatnim dniu terminu związania ofertą), to Zamawiający nie mógłby skutecznie dochodzić zaspokojenia swoich roszczeń. Odwołujący powołał się w tym zakresie na wyrok z 5 lutego 2021 r. Sądu Okręgowego w Częstochowie (sygn. akt: V Ga 328/20).

Odwołujący podkreślił, że wniesienie wadium można uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium w całym okresie związania ofertą, gdyż wtedy może ono spełnić swoją funkcję zabezpieczającą. Takim wymogom nie odpowiada jednak treść gwarancji bankowej złożonej przez Konsorcjum, wobec czego złożona oferta nie jest należycie zabezpieczona wymaganym wadium i powinna podlegać odrzuceniu.

Zarzut nr 4

Odwołujący podniósł, że oferta Konsorcjum jest nieważna z uwagi na fakt, że została podpisana i złożona przez panią A. B., która nie była umocowana do reprezentowania ani Konsorcjum, ani poszczególnych jego członków.

Odwołujący wskazał, że w dacie udzielenie pełnomocnictwa pani A. B. do reprezentowania Konsorcjum w postępowaniu, tj. 28 kwietnia 2022 r., lider Konsorcjum nie był umocowany do reprezentowania Konsorcjum, a co więcej, w tej dacie Konsorcjum nie zostało jeszcze nawet zawiązane. Konsorcjum zostało utworzone na mocy umowy konsorcjum zawartej 27 czerwca 2022 r., zaś pełnomocnictwo dla lidera Konsorcjum zostało udzielone dopiero w dniu 28 czerwca 2022 r. Ponadto, pełnomocnictwo dla pani A. B. do reprezentowania Konsorcjum zostało udzielone wyłącznie w imieniu lidera Konsorcjum – Bankowe Biuro Podróży Travelbank Sp. z o.o., a nie w imieniu całego Konsorcjum (o czym wprost świadczy treść pełnomocnictwa załączonego do oferty) i umocowuje do reprezentowania Konsorcjum, ale już nie jego Partnera, który w postępowaniu składa własne oświadczenia i dokumenty odrębne (np. JEDZ). W związku z tym oferta oraz załączniki (w tym m.in. JEDZ lidera i partnera Konsorcjum) została podpisana przez osobę nieupoważnioną do reprezentowania tak Konsorcjum, jak i indywidualnie jego członków, a w związku z powyższym jest nieważna i podlega odrzuceniu.

Odwołujący powołał się na przepis art. 104 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i wskazał, że udzielenie pełnomocnictwa stanowi jednostronną czynność prawną o charakterze upoważniającym, niewymagającą zgody pełnomocnika. Mając na uwadze, że jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu jest nieważna, pełnomocnictwo udzielone przez lidera Konsorcjum pani A. B. należy uznać za nieważne. Lider Konsorcjum działał w momencie udzielania pełnomocnictwa pani A. B., tj. 28 kwietnia 2022 r. bez

umocowania, w tej dacie bowiem nie zostało udzielone żadne pełnomocnictwo do reprezentowania Konsorcjum, a co więcej Konsorcjum nie zostało nawet jeszcze utworzone. Zgodnie z niekwestionowaną zasadą, *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, nie ulega wątpliwości, że lider Konsorcjum nie mógł skutecznie udzielić pełnomocnictwa pani A. B., skoro sam nie był umocowany do reprezentowania Konsorcjum. Wątpliwe jest również, aby pani A. B. legitymowała się jakimkolwiek innym pełnomocnictwem pochodzącym od obu członków Konsorcjum, wystawionym przed datą podjęcia przez nią czynności w postępowaniu. W takiej sytuacji oferta podlegała będzie odrzuceniu bez możliwości jej sanowania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpiło Konsorcjum: Bankowe Biuro Podróży Travelbank Sp. z o. o., eTravel S.A. Izba stwierdziła, że ww. Konsorcjum zgłosiło przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego daty udzielenia pełnomocnictwa osobie, która podpisała ofertę Przystępującego.

W pozostałym zakresie odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 1 i 2

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W rozdz. 24 SWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

Lp.	KRYTERIUM	WAGA
KRYTERIA CENOWE		
1	Cena opłaty transakcyjnej za jeden bilet lotniczy na trasie krajowej (OTLk)	10 %
2	Cena opłaty transakcyjnej za jeden bilet lotniczy na trasie międzynarodowej (OTLm)	25 %
3	Cena opłaty transakcyjnej za jeden bilet kolejowy na trasie krajowej (OTKk)	15 %

4	Cena opłaty transakcyjnej za jeden bilet kolejowy na trasie międzynarodowej (OTKm)	10 %
KRYTERIA POZACENOWE		
5	Czas dostarczenia biletów w sytuacjach nagłych (CzD)	15 %
6	Czas na bezkosztowe anulowanie/zamiana biletu przed odlotem (czas w godzinach przed odlotem zakres 0-24 godz.) (BAL)	10 %
7	Czas na bezkosztowe anulowanie/zamiana biletu przed odjazdem pociągu (czas w godzinach przed odjazdem zakres 0-24 godz.) (BAK)	10 %
8	Zatrudnienie osoby niepełnosprawnej (On)	5 %

Zgodnie z § 7 ust. 2 projektu umowy, na całkowitą wartość umowy składają się: koszty rezerwacji, sprzedaży i dostawy biletów lotniczych na zagraniczne i krajowe wyjazdy służbowe, koszty zakupu biletów kolejowych krajowych i międzynarodowych oraz opłaty transakcyjne wskazane w Formularzu ofertowym wykonawcy, stanowiącym załącznik nr 2 do umowy. Stosownie do § 8 ust. 1 projektu umowy, wynagrodzenie za realizację przedmiotu umowy będzie płatne na podstawie faktur, stanowiących rozliczenie wynagrodzenia wykonawcy, wystawianych oddzielnie dla każdego zlecenia i dostarczane tygodniowo (piątek do godz. 14:00). Zgodnie natomiast z § 8 ust. 1 projektu umowy, zapłata za usługę nastąpi przelewem w terminie 21 dni od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury VAT.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami opłat transakcyjnych:

	Wykonawca	Kryteria cenowe			
		Cena opłaty transakcyjnej za 1 bilet lotniczy na trasie krajowej	Cena opłaty transakcyjnej za 1 bilet lotniczy na trasie międzynarodowej	Cena opłaty transakcyjnej za 1 bilet kolejowy na trasie krajowej	Cena opłaty transakcyjnej za jeden 1 kolejowy na trasie międzynarodowej
1	WHYNOTTRAVEL Sp. z o. o. Sp. k.	0,01 zł	77,00 zł	6,90 zł	6,90 zł
2	Konsorcjum: Bankowe Biuro Podróży "TRAVELBANK", eTRAVEL S.A.	0,01 zł	9,00 zł	6,00 zł	0,01 zł
3	BUSINESS TRAVEL CLUB sp. z o.o.	40,00 zł	80,00 zł	20,00 zł	40,00 zł

Pismem z 20 lipca 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanych cen za opłaty transakcyjne.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia, których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący zastrzegł również jako tajemnicę przedsiębiorstwa załączniki nr 1-25 oraz 43-45 do wyjaśnień.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (pkt 7) oraz zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (pkt 8).

Stosownie do art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

W ocenie Izby nie zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którym zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny jest bezprzedmiotowy z uwagi na fakt, że Odwołujący nie zna treści złożonych przez Przystępującego wyjaśnień i nie wniósł o dokonanie ich odtajnienia. Nie sposób zgodzić się z tezą, że w tych okolicznościach podniesienie zarzutu rażąco niskiej ceny było niedopuszczalne. Podkreślenia wymaga, że wykonawca ma prawo podnieść zarzut dotyczący każdej czynności i każdego zaniechania zamawiającego i – o ile taki zarzut zostanie podniesiony w terminie – Izba zobowiązana jest go merytorycznie ocenić. W sytuacji jednak, gdy treść wyjaśnień, które są kluczowe dla ustalenia kwestii realności ceny, pozostaje niejawna, Odwołującego obciąża ryzyko związane z formułowaniem zarzutów bez znajomości tych wyjaśnień.

Dalej stwierdzić należy, że przedmiotem orzekania Izby nie jest całokształt wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, ale ocena tych w wyjaśnieniach przez Zamawiającego w zakresie, w jakim zostało to zakwestionowane w odwołaniu i w granicach zakreślonych tam podstaw faktycznych zarzutów. Zgodnie bowiem z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Nie jest więc tak, że samo wniesienie odwołania kwestionującego złożone wyjaśnienia, powoduje, że Izba dokonuje ich badania w każdym aspekcie, w oderwaniu od tego, co zostało zakwestionowane w odwołaniu. Zakres zarzutu wyznaczają bowiem okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy. Należy więc stwierdzić, że w przedmiotowej sprawie ocenie Izby podlegało to, czy złożone przez Przystępującego wyjaśnienia pozwalały uznać, że cena oferty nie jest rażąco niska, ocena ta dotyczy jednak tych aspektów wyjaśnień, które zostały zakwestionowane w odwołaniu.

Odnosząc się do zakwestionowanych aspektów wyjaśnień, z uwagi na objęcie ich treści tajemnicą przedsiębiorstwa, uzasadnienie dokonanej przez Izbę oceny musi pozostać na takim poziomie ogólności, który nie ujawni informacji stanowiących tę tajemnicę.

Po pierwsze wskazać należy, że samo porównanie zaoferowanych w niniejszym postępowaniu cen za opłaty transakcyjne nie może być argumentem przemawiającym za uznaniem ceny za rażąco niską. Dotyczy to w szczególności zamówienia, z jakim mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie, gdzie istotną rolę odgrywają przychody pozyskiwane przez wykonawców z tytułu pośrednictwa w zakupie biletów lotniczych i kolejowych. Jak wynika z przedstawionych przez Zamawiającego i Przystępującego informacji z otwarcia ofert w innych postępowaniach, zarówno istotne różnice w oferowanych cenach, jak i oferowanie cen na poziomie 0,01 zł, są dla tej branży typowe.

Następnie Izba wskazuje, że Przystępujący złożył obszerne, szczegółowe i poparte dowodami wyjaśnienia, w których wykazał przyjęte do kalkulacji założenia dotyczące wszystkich rodzajów kosztów oraz przychodów dla poszczególnych usług.

Przystępujący zamieścił w wyjaśnieniach kalkulację określającą rodzaje i wysokość zakładanych przychodów oraz rodzaje i wysokość uwzględnionych kosztów, w tym m.in. koszty personelu (przedstawił umowy o pracę), a także koszty utrzymania sprzętu i zaplecza biurowego. Przedstawił rodzaje i kalkulację kosztów bezpośrednich oraz kosztów pośrednich, udokumentował te koszty zapisami księgowymi. Wskazał ponadto, jakie ryzyka i w jakiej wysokości zostały wkalkulowane w cenę oferty. Przedstawił również wyliczenia rentowności dla poszczególnych rodzajów usług, wykazując zysk w ramach każdej usługi.

Izba ustaliła, że zgodnie z wyjaśnieniami wysokość zakładanych przychodów i kosztów została ujęta w podziale na poszczególne usługi składające się na przedmiot

zamówienia, a z danych tych wynika, że Przystępujący nie zakłada finansowania kosztów wykonania jednej z usług przychodami z wykonania innej. Zaprzecza to tezie Odwołującego o niedopuszczalnym finansowaniu krzyżowym.

W odniesieniu do opłaty transakcyjnej za bilety lotnicze na trasie międzynarodowej (9 zł) Przystępujący przedstawił kalkulację dla poszczególnych biletów lotniczych z podziałem na rodzaje kosztów, podał rodzaje i wysokość otrzymywanych prowizji, w tym od linii lotniczych, oraz przedstawił potwierdzające je umowy. Wyjaśnienia zawierają popartą dowodami kalkulację dotyczącą zakładanych wpływów z prowizji. Informacje przedstawione w wyjaśnieniach zaprzeczają tezie Odwołującego, że wpływy z prowizji nie są w stanie pokryć kosztów związanych bezpośrednio z daną usługą.

W odniesieniu do biletów kolejowych na trasach międzynarodowych Odwołujący podniósł, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie pokryje kosztów obsługi pośrednictwa, z uwagi na brak możliwości zakupu biletów PKP Intercity S.A. przez Internet. Odwołujący przedstawił na tę okoliczność zrzuty ekranu z informacjami o możliwości zakupu wybranych biletów w kasie, dotyczy to jednak próby zakupu wybranych biletów na ten sam dzień, nie stanowi zatem dowodu na generalny brak możliwości zakupu biletów przez Internet. Wskazany przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie Regulamin internetowej sprzedaży „PKP Intercity” S.A. potwierdza natomiast możliwość zakupu biletów online. Ponadto, Przystępujący przedstawił umowy potwierdzające wysokość prowizji, w tym otrzymywanych od przewoźników kolejowych (wbrew twierdzeniom przedstawionym w odwołaniu nie jest to tylko jeden przewoźnik).

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja dotycząca potrzeby kredytowania zakupu biletów. Odwołujący przyjął założenie o konieczności konieczność pozyskiwania przez Przystępującego kredytów bankowych na ten cel, nie wskazał jednak żadnych podstaw faktycznych takiego założenia. Dodatkowo, jak słusznie wskazał Zamawiający, umowa przewiduje krótki okres rozliczeniowy (7 dni), zatem stałe i częste płatności pozwalają zachować płynność finansową. Zamawiający dokona płatności za usługę rezerwacji i sprzedaży biletów wg cen ich zakupu przez wykonawcę oraz doliczy do każdego zakupionego biletu opłatę transakcyjną wynikającą z oferty wykonawcy, z którym zawrze umowę. Jednocześnie projektowane postanowienia umowy zawierają postanowienia dotyczące klauzul waloryzacyjnych, wynikających z obowiązku nałożonego na zamawiającego przepisami art. 436 oraz art. 439 ustawy, co znacznie niweluje ryzyko finansowe po stronie wykonawcy. Dodatkowo, Przystępujący złożył na rozprawie dowody na okoliczność posiadania własnych środków, pozwalających realizować zamówienie bez zaciągania kredytów (opinie bankowe, potwierdzenie posiadania lokat bankowych).

Dowody przedstawione przez Odwołującego w postaci opracowań własnych i raportów zawierających dane historyczne, nie mogą być uznane za podważające kalkulację, którą nie tylko przedstawił, ale i udokumentował Przystępujący. Okoliczność, że zakres wykonywanego przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego zamówienia i związane z tym koszty miały w przeszłości określony poziom oraz że Odwołujący zakłada, że przy realizacji przyszłego zamówienia będzie podobnie, nie oznacza, że nie było możliwe skalkulowanie oferty na niższym poziomie niż Odwołujący i wykazanie prawidłowości tej kalkulacji. Odwołujący – nie znając szczegółów kalkulacji Przystępującego – próbował zakwestionować jej rzetelność przeciwstawiając jej swoje własne założenia i przypuszczenia, co nie może być uznane za wystarczające.

W związku z powyższym Izba nie dopatrzyła się podstaw do stwierdzenia zasadności zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny.

Z tych samych powodów nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji, który był przez Odwołującego wywodzony z tych samych okoliczności faktycznych. W tym zakresie aktualne pozostaje stanowisko Izby dotyczące zarzutu rażąco niskiej ceny. Dodatkowo, w odniesieniu do tego zarzutu zauważyć należy, że ciężar dowodu obciążał Odwołującego, który zobowiązany był wykazać m.in. że działanie Przystępującego miało na celu wyeliminowanie innych przedsiębiorców. Nie można uznać za takie wykazanie porównania zaoferowanych cen z kryteriami oceny ofert, zwłaszcza że cena 0,1 zł została zaoferowana za usługę, której przypisano najniższą wagę w kryteriach oceny ofert.

Zarzut nr 3

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdz. 13 pkt 1 SWZ termin związania ofertą upływa 14 października 2022 r. W rozdz. 26 SWZ Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 20.000,00 zł. W odniesieniu do wadium w formie gwarancji/poręczenia SWZ zawiera m.in. następujące postanowienia:

- rozdz. 26 pkt 8: Wadium w formie gwarancji/poręczenia musi obejmować cały okres związania ofertą.
- rozdz. 26 pkt 9: Z treści gwarancji/poręczenia winno wynikać nieodwołalne i bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp.

Przystępujący wniósł wadium w formie gwarancji bankowej z 12 lipca 2022 r. nr 86200-02-0357790 wystawionej przez Bank Millennium S.A. W treści gwarancji wskazano m.in.:

Gwarancja jest ważna do dnia 14 października 2022 r. i wygasa automatycznie i całkowicie, jeśli Żądanie zapłaty oraz Oświadczenie Beneficjenta nie zostaną złożone u Gwaranta zgodnie z postanowieniami Gwarancji do tego dnia. Po tym terminie Gwarancja staje się bezprzedmiotowa i nieważna.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wnioski o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3,

Art. 97 ust. 5 ustawy Pzp stanowi, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.

W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył ww. przepisów ustawy.

Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu wskazać należy, że w orzecznictwie Izby zaistniała rozbieżność dotycząca oceny prawidłowości gwarancji wadium, w której zastrzeżono, że roszczenia z tytułu wadium muszą być zgłoszone gwarantowi w terminie ważności wadium. Wątpliwości budzi w tym zakresie fakt, czy tak skonstruowana gwarancja daje zamawiającemu pewność zaspokojenia roszczeń z tytułu zdarzeń zaistniałych w całym okresie ważności wadium.

Izba wskazuje jednak, że w rozpoznawanej sprawie powyższe zagadnienie nie ma charakteru rozstrzygającego. Podkreślić bowiem należy, że Zamawiający w rozdz. 26 pkt 9 SWZ wprost wskazał, że *z treści gwarancji winno wynikać nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie gwaranta do wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez zamawiającego w terminie związania ofertą*. Oznacza to, że Zamawiający żądał gwarancji, z której roszczenia będzie mógł zgłosić w terminie związania ofertą, a zatem w terminie ważności gwarancji. Taką też gwarancję przedłożył Przystępujący.

Powyższe Izba uznała w okolicznościach przedmiotowej sprawy za rozstrzygające. Nawet gdyby bowiem uznać, że treść gwarancji przedłożonej przez Przystępującego stwarza mniejsze lub większe ryzyko związane z roszczeniami z tytułu zdarzeń, które zaistniały w terminie związania ofertą, zwłaszcza w jego ostatnim dniu, to nie można wyciągać

negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy działającego w zaufaniu do postanowień SWZ i dostosowującego się do ich niebudzących wątpliwości postanowień.

W związku z powyższym zarzut należało uznać za niezasadny.

Zarzut nr 4

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Oferta Przystępującego oraz załączone do niej dokumenty zostały podpisana przez panią A. B.. Do oferty załączono:

- pełnomocnictwo dla pani A. B., udzielone przez osoby uprawnione do reprezentacji Spółki Bankowe Biuro Podróży Travelbank Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie jako Lidera Konsorcjum,

W treści pełnomocnictwa wskazano, że dotyczy ono reprezentowania Konsorcjum Spółek eTravel S.A. i Bankowe Biuro Podróży Travelbank Sp. z o. o. i obejmuje: (...) *wszystkie czynności związane z ubieganiem się przez Konsorcjum o udzielenie zamówienia publicznego określonym w pełnomocnictwie udzielonym Liderowi Konsorcjum, a w szczególności:*

- *prawo do złożenia, podpisania i udzielania wyjaśnień w zakresie wniosku o zakwalifikowanie do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne oraz wszelkich dokumentów i oświadczeń wymaganych na etapie kwalifikacji do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne,*
- *prawo do złożenia, podpisania i udzielania wyjaśnień w zakresie oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz wszelkich innych dokumentów związanych z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,*
- *podpisanie pytań o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,*
- *podpisanie oferty,*
- *podpisanie wniosku o zapoznanie się z treścią złożonej oferty,*
- *podpisanie umowy o wykonanie zamówienia publicznego,*
- *podejmowanie innych decyzji i czynności prawnych, składania oświadczeń wiedzy i woli w związku z ubieganiem się Konsorcjum o udzielenie zamówienia publicznego.*

Pełnomocnictwo upoważnia do występowania w imieniu Konsorcjum w trakcie postępowania przed Prezesem Krajowej Izby Odwoławczej, w tym składania w toku

postępowania oświadczeń i wyjaśnień oraz przedstawiania dowodów wymaganych w sprawie, podpisania przystąpienia do postępowania odwoławczego i odwołania.

- pełnomocnictwo, w którym spółki: Bankowe Biuro Podróży Travelbank Sp. z o. o. oraz eTravel S.A. ustanawiają Bankowe Biuro Podróży „Travelbank” Sp. z o.o. liderem i udzielają pełnomocnictwa do reprezentowania wszystkich wykonawców, jak również każdego z nich z osobna, do reprezentowania w przedmiotowym postępowaniu;

W treści pełnomocnictwa wskazano, że obejmuje ono w szczególności umocowanie do:

a) podpisania i złożenia w imieniu wykonawców oferty;

b) składania w imieniu wykonawców w toku postępowania wszelkich oświadczeń i dokonywania czynności przewidzianych przepisami prawa oraz składania innych oświadczeń w związku z postępowaniem, w tym zadawania pytań, składania wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz innych dokumentów składanych przez wykonawców w związku z postępowaniem;

c) wnoszenia w imieniu wykonawców przysługujących im w postępowaniu środków ochrony prawnej jak również złożenia oświadczenia o przyłączeniu do odwołania złożonego przez innego wykonawcę w postępowaniu;

d) wnoszenia w imieniu Wykonawców pism procesowych w postępowaniu przed Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych oraz Sądem Okręgowym;

e) reprezentowania Wykonawców na posiedzeniu i na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych oraz przed Sądem Okręgowym;

f) podpisania w imieniu wykonawców umowy z zamawiającym.

- umowę Konsorcjum zawartą 27 czerwca 2022 r. przez Bankowe Biuro Podróży Travelbank Sp. z o. o. (lidera) oraz eTravel S.A. jako (partnera), w której: *Strony oświadczają, że niniejszym tworzą Konsorcjum, składające się z Lidera oraz Partnera, w celu wspólnej realizacji zamówienia publicznego na „na usługę rezerwacji, sprzedaży i dostawy biletów lotniczych, kolejowych na zagraniczne i krajowe wyjazdy służbowe na potrzeby Ministerstwa Obrony Narodowej” (...).*

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Stosownie do art. 104 Kc jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Jednakże gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, 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.

W ocenie Izby pełnomocnictwo dla pani A. B. było prawidłowe.

Wskazać należy, że do pełnomocnictwa znajdują zastosowanie reguły wykładni oświadczeń woli określone w art. 65 § 1 Kc, który stanowi, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Nie ma wątpliwości, że spółka Bankowe Biuro Podróży „Travelbank” została skutecznie umocowana do reprezentowania Konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu, zarówno wszystkich wykonawców, jak również każdego z nich z osobna, do reprezentowania w przedmiotowym postępowaniu, co wynika literalnie z treści pełnomocnictwa dla tej spółki. Jednocześnie w umowie Konsorcjum wskazano, że lider jest upoważniony i zobowiązany do prowadzenia spraw Konsorcjum oraz do działania we własnym imieniu i na własną rzecz oraz w imieniu i na rzecz Partnera, w tym do reprezentowania Konsorcjum i jego członka w toku postępowania o udzielenie zamówienia (§ 4 ust. 1 umowy). Nie ma więc wątpliwości, że lider Konsorcjum mógł w postępowaniu podpisywać dokumenty dotyczące zarówno całego Konsorcjum, jak i każdego z konsorcjantów, co nie było okolicznością sporną, ma jednak znaczenie dla oceny umocowania pani A. B..

Nieuzasadniona – zdaniem Izby – jest przedstawiona w odwołaniu teza, jakoby pełnomocnictwo dla pani A. B. do reprezentowania Konsorcjum zostało udzielone wyłącznie w imieniu Lidera Konsorcjum – spółki Bankowe Biuro Podróży Travelbank Sp. z o.o., a nie w imieniu całego Konsorcjum. Skoro w pełnomocnictwie dla ww. osoby wprost wskazano, że spółka Bankowe Biuro Podróży Travelbank udzielając pełnomocnictwa działa jako lider Konsorcjum, a jednocześnie z pełnomocnictwa dla lidera oraz z umowy Konsorcjum wynika, że spółka ta jest umocowana do reprezentowania Konsorcjum i jego członków, to nie sposób w tych okolicznościach zakładać, że wolą mocodawcy było umocowanie pani A. B. do

działania wyłącznie w imieniu lidera. Ciąg pełnomocnictw oraz okoliczności ich udzielenia nie pozostawiają – zdaniem Izby – wątpliwości, że pani A. B. została umocowana do reprezentowania Konsorcjum w postępowaniu w takim zakresie, w jakim umocowany został jego lider, tj. do wszystkich czynności związanych ze wspólnym ubieganiem się o udzielenie zamówienia.

Dodatkowo zauważenia wymaga, że chociaż niektóre dokumenty składane w postępowaniu dotyczą odrębnie poszczególnych spółek tworzących konsorcjum (np. dokument JEDZ), to jednak są one składane nie przez jedną spółkę samodzielnie, ale przez konsorcjanta, w ramach wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia. O ile pełnomocnictwo udzielone pani A. B. z pewnością nie obejmowałoby reprezentowania spółki eTravel w ramach samodzielnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, to brak jest podstaw do twierdzenia, że nie mogła ona działać w imieniu tej spółki jako członka Konsorcjum.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 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), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodniczący: