

WYROK
z dnia 19 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WhyNotTravel Sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Kielnarowej, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BOKKA sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej z siedzibą w Lublinie

przy udziale wykonawcy: UpHotel Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2012/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WhyNotTravel Sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Kielnarowej, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BOKKA sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WhyNotTravel Sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Kielnarowej, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BOKKA sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WhyNotTravel Sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Kielnarowej, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BOKKA sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach na rzecz Zamawiającego: Uniwersytetu Marii Curie-

Skłodowskiej z siedzibą w Lublinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów 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 2021 r., poz. 1129) 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: Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej z siedzibą w Lublinie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi rezerwacji, sprzedaży i dostarczania biletów lotniczych, sygn sprawy: TP/75-2021/DZP-p).

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00064600/01.

Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia WhyNotTravel Sp. z o. o. sp. k., PW BOKKA sp. z o.o. z siedzibą w Kielnarowej otrzymał w dniu 28 czerwca 2021 r.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 5 lipca 2021 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności:

1. wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. zaniechania odrzucenia ofert Wykonawców UpHotel spółka z o.o., zwanych dalej („UpHotel”) oraz Konsorcjum firm: 1. Bankowe Biuro Podróży TravelBank spółka z o.o. 2. eTravel S.A., zwanych dalej („Konsorcjum TravelBank”);
3. nieprawidłowej oceny ofert w kryterium średnia cena biletów lotniczych w 3 podanych destynacjach, w tym w szczególności przyznanie punktów w tym kryterium wykonawcom Uphotel oraz Konsorcjum TravelBank.

W związku z tą czynnością Zamawiającemu zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zwanej dalej pzp lub ustawą Pzp oraz ewentualnie art. 239 ust. 1 pzp, a contrario art. 266 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum TravelBank oraz ewentualnie poprzez przyznanie punktów w kryterium średnia cena biletów lotniczych w 3 podanych destynacjach niezgodnie z zapisami SWZ, w szczególności zaniechanie przyznania Konsorcjum TravelBank 0 pkt w tym kryterium.

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp oraz ewentualnie art. 239 ust. 1 pzp a contrario art. 266 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy UpHotel oraz ewentualnie poprzez przyznanie punktów w kryterium średnia cena biletów lotniczych w 3 podanych destynacjach niezgodnie z zapisami SWZ, w szczególności zaniechanie przyznania Wykonawcy UpHotel 0 pkt w tym kryterium.

3. oraz wszystkich innych przepisów prawa, których naruszenie wynika z treści niniejszego odwołania.

W związku z powyższymi zarzutami wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu podjęcia następujących czynności:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu
2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem, iż:
 1. oferta Wykonawcy UpHotel powinna zostać odrzucona oraz otrzymać 0 punktów w kryterium średnia cena biletów lotniczych w 3 podanych destynacjach;
 2. oferta Konsorcjum TravelBank powinna zostać odrzucona oraz otrzymać 0 punktów w kryterium średnia cena biletów lotniczych w 3 podanych destynacjach.

Odwołujący zwrócił uwagę, że na podstawie pkt 13.1 ppkt 2 SWZ kryterium oceny ofert w Postępowaniu stanowi „średnia cena biletów lotniczych w 3 podanych destynacjach.”

Zauważył również, że do oferty należało załączyć wydruk odpowiednich biletów lotniczych oraz wskazać ceny w tabeli zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ Formularz oferty.

Natomiast, pod tabelą w załączniku nr 2 do SWZ Zamawiający zamieścił pole „UWAGA”, w którym wymagał aby „przedstawione bilety lotnicze obejmowały w pierwszej kolejności bilety na połączenia bezpośrednie następnie bilety z przesiadkami poczynając od ich najmniejszej liczby. Zamawiający nie wyznacza granicy dopuszczalnej liczby przesiadek.”.

Zdaniem Odwołującego - prawidłowa wykładnia zapisów Specyfikacji prowadzi do wniosku, iż w kryterium średnia cena biletów lotniczych w 3 podanych destynacjach należało:

1. wskazać połączenia bezpośrednie;
2. w braku połączeń bezpośrednich wskazać połączenia z najmniejszą liczbą przesiadek.

Według Odwołującego - Zamawiający powinien był dokonać oceny w kryterium średnia cena biletów lotniczych w 3 podanych destynacjach wyłącznie tych ofert, które spełniają podane warunki brzegowe, a oferty niezgodne z wymaganiami wskazanymi w dokumentacji zamówienia powinny otrzymać w ww. kryterium 0 punktów - ocena pod względem ceny biletów obejmujących większą niż minimalna liczba przesiadek powoduje zachwianie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Dodatkowo wskazał, iż Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy Furnel sp. z o.o., który złożył bilety lotnicze oraz uzupełnił załączniki w taki sposób, iż nie mógł otrzymać punktów w kryterium średnia cena biletów lotniczych w 3 podanych destynacjach.

Według Odwołującego - podobna sytuacja zachodzi względem ofert Wykonawców UpHotel spółka z o.o. oraz Konsorcjum firm: 1. Bankowe Biuro Podróży TravelBank spółka z o.o. 2. eTravel S.A., bowiem oferty złożone przez ww. Wykonawców nie obejmują połączeń bezpośrednich lub połączeń z najmniejszą liczbą przesiadek.

Nadto, Odwołujący podniósł, że na trasie nr 3, tj. „Warszawa (WAW) - Chicago (O'Hare International Airport, ORD) wylot 08.08.2021r. (do godz. 12.00 czasu lokalnego) powrót 19.08.2021r. godzina dowolna, klasa ekonomiczna, pasażer podróżuje z bagażem rejestrowanym do 20kg” możliwe było wskazanie połączenia z jedną przesiadką na wylocie oraz bezpośredniego na powrocie, czyli w sumie z jedną przesiadką.

Zaznaczył przy tym, że Wykonawca TravelBank wskazał połączenie z jedną przesiadką na wylocie oraz jedną na powrocie, czyli w sumie z dwoma przesiadkami, a Wykonawca UpHotel z dwoma przesiadkami na wylocie oraz jedną na powrocie, czyli w sumie z trzema przesiadkami.

W przekonaniu Odwołującego zarówno oferta Wykonawcy UpHotel, jak i Konsorcjum TravelBank nie spełnia warunków określonych w dokumentacji zamówienia dla kryterium średnia cena biletów lotniczych w 3 podanych destynacjach, a zatem w takiej sytuacji zarówno Wykonawca UpHotel, jak i Konsorcjum TravelBank powinni otrzymać 0 punktów w tym kryterium.

Podniósł również, że Zamawiający traktuje złożone bilety lotnicze oraz wskazane ceny, jako treść oferty, a więc oferty zarówno Wykonawcy UpHotel, jak i Konsorcjum TravelBank podlegają odrzuceniu, gdyż ich treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W dniu 9 lipca 2021 r. wykonawca: UpHotel Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze, zwany dalej Przystępującym zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 30 lipca 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, złożonych ofert, odwołania, informacji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 27 lipca 2021 r. (wpływ 30 lipca 2021 r.), a także na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 226 ust.1 pkt 5 oraz art. 239 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) ustawą Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy wykonawcy, w tym Przystępujący złożył ofertę zgodną z warunkami zamówienia.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 13 SWZ dokonał opisu kryteriów oceny ofert, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert. Wprowadził następujące Kryteria oceny ofert:

- 1) opłata transakcyjna – 20 %,
- 2) średnia cena biletów lotniczych w 3 podanych destynacjach – 40 %,
- 3) deklarowana liczba przedstawionych ofert przelotów w danym terminie - 20 %,
- 4) deklarowany czas przedstawienia ofert przelotów w danym terminie od momentu otrzymania zgłoszenia - 20 %.

W zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia odwołania Izba stwierdziła, że zgodnie z postanowieniem pkt 13.2. pkt 2 SWZ Zamawiający oświadczył, że przy dokonywaniu oceny komisja przetargowa posłuży się następującymi wzorami:

przy kryterium cena biletów lotniczych w 3 podanych destynacjach (L):

$L = (L_n / L_o) \times 40 \text{ pkt}$, gdzie:

L – punkty przyznane w kryterium średnia cena biletów lotniczych w 3 podanych destynacjach

Ln – najniższa średnia cena biletów lotniczych w 3 podanych destynacjach , spośród wszystkich ważnych ofert;

Lo –średnia cena biletów lotniczych w 3 podanych destynacjach w badanej ofercie.

Oferta najkorzystniejsza, w tym kryterium, może otrzymać maksymalnie 40 punktów.

Uwaga:

Ocenie w tym kryterium podlegać będzie przedstawiony wykaz połączeń do 3 wyznaczonych destynacji, zgodnie z formularzem oferty stanowiącym załącznik do SWZ.

Cena musi obejmować koszty związane z realizacją zamówienia tj. opłaty, podatki, prowizje, bez kosztów związanych z wystawieniem i dostarczeniem biletów do siedziby Zamawiającego.

Do kalkulacji cenowej dla każdej z wymienionych destynacji, Wykonawca zobowiązany jest załączyć wydruk biletu elektronicznego wygenerowanego automatycznie z elektronicznego systemu rezerwacyjnego wystawionego dla osoby dorosłej, bez bonusów uzyskanych przez biuro podróży (np. wykorzystujące punkty lojalnościowe) bez jakiegokolwiek modyfikacji i ingerencji Wykonawcy wraz z informacją zawierającą wyjaśnienie użytych oznaczeń, symboli i skrótów. Zamawiający będzie uznawał bilety przedstawione w jednym samolocie jako jeden bilet. Bilet elektroniczny powinien obejmować podróż bez przesiadek lub z ich możliwie najmniejszą liczbą.

Jednocześnie w formularzu oferty – załącznik nr 2 do SWZ w pkt 2 należało podać ceny na bilety lotnicze w trzech podanych poniżej destynacjach.

W formularzu tym Zamawiający zastrzegł, że „Uwaga!

Przedstawione bilety muszą być realizowane przez różne linie lotnicze. Zamawiający będzie uznawał bilety przedstawione w jednym samolocie jako jeden bilet.

Zamawiający wymaga, aby przedstawione bilety lotnicze obejmowały w pierwszej kolejności bilety na połączenia bezpośrednie następnie bilety z przesiadkami poczynając od ich najmniejszej liczby. Zamawiający nie wyznacza granicy dopuszczalnej liczby przesiadek.

Uwaga:

Na potwierdzenie przedstawionych ofert biletów, należy załączyć wydruk biletu elektronicznego wygenerowanego z systemu rezerwacyjnego (każde wykazane połączenie lotnicze ma być zamieszczone na jednym bilecie) wraz z dokładnym wyjaśnieniem użytych symboli i skrótów.

Przedstawione bilety lotnicze nie mogą być realizowane przez tzw. tanie linie lotnicze. Przedstawienie biletów niezgodnie z powyższym, będzie stanowiło podstawę do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia.”.

Izba stwierdziła, że wykonawcy, w tym Przystępujący taki formularz oferty wraz odpowiednimi biletami złożyli.

W świetle powyższego stanu faktycznego, zarzuty odwołania należało uznać za oczywiście bezzasadne.

Powołana wyżej treść SWZ w sposób jednoznaczny wprowadzała kryterium o charakterze cenowym, a nie jak chce Odwołujący dodatkowe podkryterium w postaci punktowanej ilości przesiadek.

Wymaga podkreślenia, że Zamawiający nie wprowadził na gruncie SWZ zastrzeżenia, że określona ilość przesiadek, mniej niż jedna będzie skutkowała odrzuceniem oferty danego wykonawcy, a także, że będzie ona determinować dodatkową punktację w kryterium ceny.

Izba zauważyła, że Odwołujący zbudował swój zarzut odwołania opierając się jedynie na sformułowaniu „najmniejsza ilość przesiadek”.

Na rozprawie przed Izłą pełnomocnik Odwołującego wyjaśnił, że najmniejsza liczba przesiadek oznacza minimalną ilość przesiadek, która da się uzyskać na konkretnym połączeniu, zaś minimalna ilość przesiadek jest to liczba przesiadek, która wyrażona liczbą jest możliwa do uzyskania.

Jednocześnie na pytanie pełnomocnika Zamawiającego, czy gdyby Zamawiający chciał konkretnej ilości przesiadek, to by te liczby podał, pełnomocnik Odwołującego przyznał, że okoliczność ta jest między stronami bezsporna.

Wobec powyższego, Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego wynikającego z jego błędnego rozumowania o charakterze *circulus in definiendo*.

Jeżeli Odwołujący oczekiwał od Zamawiającego dodatkowego kryterium cenowego premiującego określoną ilość przesiadek, to miał prawną możliwość zgłoszenia wniosku o modyfikację SWZ na odpowiednim etapie przetargu i ewentualnego zaskarżenia zaniechania Zamawiającego realizacji tego żądania, czego nie uczynił.

Wobec powyższego, Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstawy prawnej do zastosowania przepisu art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Jednocześnie, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, to jest w granicach przepisu art.239 ust.1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:.....