

Sygn. akt: KIO 1921/22

WYROK
z dnia 5 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 3 sierpnia 2022 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2022 r. przez wykonawcę **WhyNotTravel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Kielnarowej** w postępowaniu prowadzonym przez **Nadwiślański Oddział Straży Granicznej w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Polskie Linie Lotnicze LOT spółka akcyjna w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnoszącego sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu **Nadwiślańskiemu Oddziałowi Straży Granicznej w Warszawie** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert bez uwzględnienia oferty wykonawcy **Polskie Linie Lotnicze LOT spółka akcyjna w Warszawie**.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Polskie Linie Lotnicze LOT spółka akcyjna w Warszawie**, i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **WhyNotTravel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Kielnarowej**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od wykonawcy **Polskie Linie Lotnicze LOT spółka akcyjna w Warszawie** na rzecz wykonawcy **WhyNotTravel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Kielnarowej** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset

złoty zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129 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.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Nadwiślański Oddział Straży Granicznej w Warszawie (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem "Usługa rezerwacji i dostawy biletów lotniczych, komunikacji kolejowej i autobusowej dla cudzoziemców deportowanych z terytorium RP oraz funkcjonariuszy Straży Granicznej stanowiących ich eskortę lub asystę, o wartości zamówienia powyżej 140 000 euro", Projekt nr 3/9-2018/BK-FAMI i nr 4/9-2018/BK-FAMI.

W dniu 21 lipca 2022 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę WhyNotTravel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Kielnarowej (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych pomimo, że wykonawca LOT nie wycenił procedur deportacyjnych wbrew wymaganiom określonym w warunkach zamówienia;
2. ewentualnie, gdyby Izba nie uwzględniła zarzutu nr 1 zarzucam również naruszenie art. 239 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez wybór oferty LOT, która powinna zostać sklasyfikowana na drugim miejscu, gdyż Wykonawca LOT powinien otrzymać 0 punktów w kryterium 1 "Suma cen 6. Procedur deportacyjnych".

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert bez uwzględnienia oferty LOT, ewentualnie z uwzględnieniem, iż Wykonawca LOT powinien otrzymać 0 punktów w kryterium "Suma cen 6. Procedur deportacyjnych".

Do postępowania odwoławczego wykonawca Polskie Linie Lotnicze LOT spółka akcyjna w Warszawie (dalej: Przystępujący) skutecznie zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w dniu 26 lipca 2022 r. uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

W dniu 29 lipca 2022 r. Przystępujący wniósł sprzeciw od uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania.

II. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania przesłaną przez Zamawiającego do akt sprawy, po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, i stanowisk Odwołującego i Przystępującego, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa rezerwacji i dostawy biletów lotniczych, komunikacji kolejowej i autobusowej dla cudzoziemców deportowanych z terytorium RP oraz funkcjonariuszy Straży Granicznej stanowiących ich eskortę lub asystę.

W specyfikacji warunków zamówienia (dalej: specyfikacja) Zamawiający, w rozdziale XV, ustalił sposób obliczenia ceny. Wskazał, że na cenę oferty mają składać się: cena biletów i cena transakcyjna. Przy czym cena biletów ma służyć jedynie porównaniu ofert. Uszczegóławiając, Zamawiający postanowił (strona 12 specyfikacji), że:

- 1) Przedstawiona przez Wykonawcę suma cen 6 procedur deportacyjnych służyć będzie jedynie do porównania cen złożonych ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) Wykonawca przedstawi zestawienie cen 6 procedur deportacyjnych na wyznaczonych przez Zamawiającego trasach, określonych w Załączniku nr 1a - Zestawienie procedur deportacyjnych, wraz z kalkulacją odrębną dla każdej procedury deportacyjnej i wydrukami z elektronicznego systemu rezerwacji;
- 3) Cena biletów musi być podana w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku;
- 4) Należy wyliczyć ceny biletów tylko dla osoby dorosłej (powyżej 16. roku życia, jeśli regulamin przewoźnika nie stanowi inaczej), nieuprawnionej do rabatów i zniżek;
- 5) Należy podać nazwę przewoźnika/przewoźników oraz czas podróży.

W rozdziale XVI specyfikacji, Zamawiający opisał kryteria oceny ofert, wraz z podaniem wagi tych kryteriów oraz opisał sposób oceny ofert. Suma cen sześciu procedur deportacyjnych oceniana miała być z wagą 60%.

W formularzu ofertowym miała zostać podana cena „sześciu procedur deportacyjnych wyliczona na podstawie przygotowanej oferty sprzedaży według zamówienia Zamawiającego, stanowiącego Załącznik Nr 1a – Zestawienie procedur deportacyjnych” (Załącznik nr 1 do SWZ, str. 15).

Z kolei do wyceny “Wykonawca zobowiązany jest załączyć szczegółową kalkulację odrębnie dla każdej procedury deportacji wraz z wydrukami rezerwacji biletów lotniczych z elektronicznego systemu rezerwacji” (Załącznik nr 1a do SWZ, str. 17).

Zamawiający wskazał sześć połączeń, w konkretnych datach. Dla „pasażera o statusie DEPU” na trasie Warszawa-Hanoi Zamawiający wymagał, aby wylot nastąpił w dniu 7 lipca 2022 r. Należało podać m. in. nazwę przewoźnika (linii lotniczych) i cenę biletu.

Przystępujący do oferty załączył sześć rezerwacji na trasach zgodnych z zamówieniem Zamawiającego. Na trasie Warszawa-Hanoi jako przewoźnika w rezerwacji na dzień 7 czerwca 2022 r., mającej obejmować procedurę deportacyjną, wskazano linie Emirates.

Zamawiający uznał ofertę Przystępującego za najkorzystniejszą, z czym nie zgodził się Odwołujący i wniósł odwołanie. Odwołujący podniósł, że linie Emirates nie obsługują połączeń deportacyjnych, tzn. od 25 maja 2022 r. do odwołania nie akceptują pasażerów o statusie deportowany (oznaczanych w systemie rezerwacji „DEPU” bądź „DEPA”), co potwierdził przedstawiając wydruk korespondencji mailowej z przewoźnikiem. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny względnie nie powinny jej zostać przyznane punkty w kryterium „cena sześciu połączeń deportacyjnych”. W rezultacie to oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Przystępujący, prezentując argumentację na rozprawie, nie kwestionował twierdzenia Odwołującego, że linie Emirates nie obsługują połączeń deportacyjnych. Jego zdaniem nie może to mieć wpływu na podaną przez niego w ofercie wycenę biletu na przelot w ramach procedury deportacyjnej na trasie Warszawa-Hanoi, ponieważ jest to rezerwacja wyłącznie hipotetyczna – symulacja jedynie dla celów porównania ofert. Powoływał się na okoliczność, że to, czy przewoźnik przewiezie pasażera w procedurze deportacyjnej, zależy każdorazowo od decyzji przewoźnika lotniczego. Nawet linia, która co do zasady realizuje procedury deportacyjne, może odmówić w konkretnej sytuacji. Dodatkowo przywoływał inne analogiczne postępowania prowadzone przez Zamawiającego oraz wyrok w sprawie sygn. akt KIO 1000/15.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje: stanowisko Odwołującego jest prawidłowe, dlatego odwołanie należy uwzględnić.

Izba nie zgodziła się z argumentacją Przystępującego, zaprezentowaną na rozprawie. Faktycznie, ceny biletów na połączenia (na trasach i w datach skonkretyzowanych przez Zamawiającego w specyfikacji) zostały podane w ofertach jedynie dla porównania ofert. Jednak ceny te wynikają z rzeczywistych rezerwacji, wykonanych za pomocą systemu rezerwacyjnego. Wykonawcy mieli załączyć przedmiotowe rezerwacje do oferty na potwierdzenie cen (sumę cen sześciu połączeń z uwzględnieniem procedur deportacyjnych należało podać w ofercie). W dniu 7 czerwca 2022 r. linie Emirates nie obsługiwały połączeń deportacyjnych (okoliczność ta, wskazana przez Odwołującego, nie została w ogóle przez Przystępującego zakwestionowana). Wobec tego, zdaniem składu orzekającego, nie można przy ocenie oferty Przystępującego uwzględnić ceny połączenia na trasie Warszawa-Hanoi w dniu 7 czerwca 2022 r. W ofercie Przystępującego podano sumę sześciu cen połączeń obejmujących procedury deportacyjne na podstawie dokonanych, załączonych do oferty, rezerwacji, tymczasem suma ta nie może obejmować, zgodnie ze specyfikacją, połączenia z wykorzystaniem linii, która w dacie, na którą zarezerwowano bilet, nie obsługiwała połączeń deportacyjnych. W ocenie Izby trzeba uznać, że stanowi to błąd w obliczeniu ceny – cenę dla porównania ofert obliczono niezgodnie z wytycznymi specyfikacji, a więc oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz pkt 10 Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, z kolei zgodnie z pkt 10 – jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Na powyższą ocenę nie może mieć wpływu, że ceny za połączenia były podane jedynie dla porównania ofert. Były one (powinny być) oparte na faktycznie dokonanych rezerwacjach. Rezerwacje te z kolei powinny być zgodne z zamówieniem Zamawiającego, tj. obejmować połączenie na konkretnej trasie, w konkretnej dacie i dla pasażera o konkretnym statusie. W tej dacie (z góry określonej przez Zamawiającego) osoba deportowana powinna mieć hipotetyczną możliwość przelotu na danej trasie. Przelot osoby deportowanej na trasie Warszawa-Hanoi nie był możliwy w dacie 7 czerwca 2022 liniami lotniczymi podanymi w rezerwacji Przystępującego, ponieważ linie Emirates nie obsługiwały wówczas (i nie obsługują nadal) procedur deportacyjnych. Oferta jest składana w określonych warunkach i wykonawca powinien te warunki uwzględnić. Nie można oferty uznać za prawidłową, jeżeli zawiera cenę za połączenie niemożliwe do zrealizowania zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Natomiast przy składaniu oferty i jej ocenie nie miały znaczenia, zdaniem składu orzekającego, zdarzenia przyszłe i niepewne – ewentualny brak wyrażenia zgody na przelot osoby deportowanej przez linię lotniczą czy odmowa pilota w związku z niebezpiecznym zachowaniem osoby deportowanej (przystępujący na rozprawie wskazywał na taką możliwość).

Inne postępowania, przywoływane przez Przystępującego, były irrelewantne dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie – nie miały żadnego znaczenia dla oceny zarzutów podniesionych przez Odwołującego w rozpatrywanym odwołaniu, niezależnie od tego, że Przystępujący przywoływał je w sposób bardzo ogólny, nie załączając żadnych dowodów. Nie mógł też wpłynąć na ocenę Izby w niniejszym postępowaniu odwoławczym wyrok sygn. akt KIO 1000/15, gdzie Przystępujący (ówczesny odwołujący; odwołanie zostało oddalone) argumentował, jak wynika z uzasadnienia orzeczenia, że „finalna wysokość ceny biletu lotniczego na danej trasie jest uzależniona od zgody przewoźnika operującego na danej trasie na przewóz pasażerów o statusie DEPU/DEPA”. W przywołanej sprawie Izba badała kwestię, czy „wydruki z elektronicznego systemu rezerwacji dla wskazanych przez Zamawiającego tras nie zawierają bowiem informacji by spółka (...) uzyskała zgodę przewoźników lotniczych realizujących zaoferowane przewozy na wykonanie przewozu pasażerów o statusie DEPU/DEPA. Co więcej, spółka (...) nie wykazała by dysponowała takimi zgodami w jakiegokolwiek innej formie.” W niniejszej sprawie, w ocenie Izby, zarzuty odwołania zostały sformułowane w odmienny sposób (obecnie Izba nie badała, czy były wydane zgody przewoźników na konkretne przeloty), a Izba rozpatruje zarzuty w konkretnej sprawie.

Podkreślić należy, że Zamawiający dla porównania ofert wymagał podania cen wyłącznie za połączenia z uwzględnieniem procedur deportacyjnych. Przedmiot zamówienia obejmuje m.in. przeloty cudzoziemców deportowanych z terytorium RP oraz funkcjonariuszy Straży Granicznej stanowiących ich eskortę lub asystę, a więc pasażerów o różnych statusach – deportowanych (DEPU/DEPA) i ich eskortujących (ESCORT). Rezerwacje dla obu rodzajów pasażerów należało załączyć do oferty, ale jedynie ceny za połączenia osób deportowanych miały być uwzględnione w cenie oferty, dla porównania ofert, oraz w kryteriach oceny ofert. Bez znaczenia jest zatem twierdzenie Przystępującego na rozprawie, że taryfy (ceny biletów) są jednakowe i niezależne od statusu pasażera. Zamawiający w sposób jednoznaczny wyróżnił znaczenie dla oceny ofert cen biletów, mających obejmować procedury deportacyjne.

Ponieważ cena podana przez Przystępującego była sumą cen nie sześciu, a pięciu połączeń z uwzględnieniem procedur deportacyjnych, oferta Przystępującego podlega odrzuceniu, jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny. Na marginesie trzeba zauważyć, że niezależnie od tego, czy uznać ofertę Przystępującego za zawierającą błąd w obliczeniu ceny (art. 226 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych), czy niezgodną z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych), czy nie przyznać tejże ofercie punktów w kryterium oceny ofert „cena sześciu połączeń deportacyjnych” (art. 239 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co Odwołujący podnosił jako zarzut ewentualny), to w postępowaniu o udzielenie zamówienia, prowadzonym przez Zamawiającego, oferta Przystępującego nie mogła być uznana za najkorzystniejszą.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, zgodnie z żądaniem Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 7 ust. 1 pkt 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).

Przewodniczący: