

Sygn. akt: KIO 322/19

POSTANOWIENIE
z dnia 6 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 6 marca 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2019r. przez **wykonawcę WhyNotTravel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Tyczynie, ul. Kielnarowa 18A** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – 1 Bazę Lotnictwa Transportowego z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 1c**

postanawia:

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie,

- 1.1. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę WhyNotTravel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Tyczynie, ul. Kielnarowa 18A** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na obsługę biletową zagranicznych podróży służbowych zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 lutego 2019r. za numerem 2019/S 030-067324.

W dniu 22 lutego 2019r. odwołanie wobec treści ogłoszenia i siwz wniósł wykonawca WhyNotTravel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Tyczynie, ul. Kielnarowa 18A. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 maja 2018r. udzielonego przez członka zarządu komplementariusza spółki ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji zgodnie z załączonymi odpisami z KRS dla spółki i jej komplementariusza. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 22 lutego 2019r. (dowód – wydruk z poczty elektronicznej).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- art. 91 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez porządzenie kryteriów oceny ofert w sposób naruszający uczciwą konkurencję w postępowaniu poprzez zastosowanie kryterium
- Ilość kasjerów wyznaczonych do realizacji zamówienia zatrudnionych na pełen etat (kryterium 4 zarówno w zadaniu nr 1, jak i w zadaniu nr 2);
- art. 91 ust. 2 ustawy przez zastosowanie w postępowaniu kryterium, które nie ma wpływu na jakość wykonywanych usług - ilość kasjerów wyznaczonych do realizacji zamówienia zatrudnionych na pełen etat.
- art. 29 ust. 1 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez niedostatecznie dokładne opisanie przedmiotu zamówienia, które nie pozwala na prawidłową wycenę oferty,
- oraz wszystkich innych przepisów prawa, których naruszenie wynika z treści złożonego odwołania.

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu podjęcia następujących czynności:

- usunięcia kryterium nr 4 w zadaniu nr 1: Ilość kasjerów wyznaczonych do realizacji zamówienia zatrudnionych na pełen etat;
- usunięcia kryterium nr 4 w zadaniu nr 2; Ilość kasjerów wyznaczonych do realizacji zamówienia zatrudnionych na pełen etat;
- ewentualnie zmianę kryterium nr 4 w zadaniu nr 1 w ten sposób, iż zamawiający maksymalną liczbę punktów przyzna za maksymalnie 15 kasjerów skierowanych do realizacji zamówienia w zadaniu 1 oraz 5 kasjerów w zadaniu 2, przy czym liczby te powinny być dostosowane do prawidłowo opisanego przedmiotu zamówienia, a także nakazanie zamawiającemu weryfikacji

liczby kasjerów poprzez wymaganie przedłożenia załącznika z wykazem osób wraz ze wskazaniem odbycia przez pracowników szkoleń w liniach lotniczych lub u operatorów systemów GDS.

Odwołujący wskazał, że ma zamiar złożyć ofertę w postępowaniu na obie części zamówienia. Tymczasem, na skutek podjętych przez zamawiającego niezgodnie z prawem czynności wskazanych w odwołaniu, odwołujący może nie uzyskać przedmiotowego zamówienia nawet w sytuacji, gdy uzyska maksymalną liczbę punktów we wszystkich kryteriach poza kryterium nr 4, gdyż na rynku są podmioty dysponujące większą liczbą kasjerów lotniczych, co nie daje im żadnej przewagi przy realizacji niniejszego zamówienia, natomiast wpływa na możliwość jego uzyskania. Jednocześnie na skutek kryterium nr 4 odwołujący byłby zmuszony do rywalizowania w niniejszym postępowaniu z innymi wykonawcami w warunkach preferowania większych podmiotów, co nie ma żadnego uzasadnienia. W wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy odwołujący może ponieść szkodę, przez nieuzyskanie zamówienia, które potencjalnie mogłoby zostać udzielone właśnie odwołującemu.

W dniu 26 lutego 2019r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy nikt do postępowania odwoławczego nie przystąpił.

W dniu 28 lutego 2019r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy, jako że zamawiający uwzględnił zarzuty w odwołaniu i wykona czynności zgodnie z żądaniem w odwołaniu. Odpowiedź została wniesiona przez pełniącego obowiązki kierownika jednostki zamawiającej, zgodnie z rozkazem dziennym nr Z-31/2019 z dnia 13 lutego 2019r.

Izba zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w związku z potencjalnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym została wypełniona przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy.

Przepis art. 186 ust. 2 ustawy stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Natomiast zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu;

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie zaistniał stan faktyczny podpadający pod pierwszą ze wskazanych norm prawnych. Zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzuty odwołania i zobowiązał się do wykonania czynności zgodnie z żądaniami odwołującego. Przy czym nie wykazano, że czynności zostały już na datę składania odpowiedzi na odwołanie wykonane. Nadto Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił. W tej sytuacji ustalony stan faktyczny podpada pod normę art. 186 ust. 2 ustawy i pozwala Izbie na wydanie postanowienia umarzającego postępowanie. Natomiast powołany przez zamawiającego przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy nie dotyczy stanu faktycznego zaistniałego w przedmiotowym postępowaniu. Aby norma przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy znalazła zastosowanie musi przede wszystkim zaistnieć czynność dokonana w postaci wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy w aktach sprawy nie pozwala na ustalenie, że zamawiający już wykonał żądania odwołania, a jedynie, że takie wykonanie zadeklarował. Zastosowanie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy jest możliwe w sytuacji, gdy po wpłynięciu odwołania zamawiający uwzględnia zarzuty odwołania, Izba umorzy postępowanie na podstawie przepisów art. 186 ustawy, a zamawiający wykona czynności zgodnie z żądaniem w odwołaniu. Racja tego przepisu polega na tym, aby uniemożliwić odwołującym ponowne składanie odwołań na czynności, które zamawiający zrealizował tak jak pierwotnie żądał tego wykonawca. Wydane zaś przez Izbę postanowienie o umorzeniu postępowania stanowi podstawę do żądania przez odwołującego wykonania czynności, zgodnie z żądaniami odwołania. W przedmiotowej sprawie natomiast nie było orzeczenia Izby, którego konsekwencją byłby obowiązek wykonania żądań odwołującego. Biorąc te okoliczności pod uwagę Izba oceniła, że żądanie zamawiającego zmierzające do odrzucenia odwołania nie odpowiada stanowi faktycznemu zaistniałemu w sprawie i nie może być przez Izbę uwzględnione. Jednocześnie zamiar zamawiającego uwzględniania w całości zarzutów odwołania dla Izby nie budzi wątpliwości, tym samym możliwe było ustalenie, że odpowiedź na odwołanie stanowi uwzględnienie zarzutów odwołania, o której mowa w art. 186 ust. 2 ustawy.

W tej sytuacji Izba umorzyła postępowania, a zamawiający jest zobowiązany do zmiany ogłoszenia o zamówieniu i siwz zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Stosownie do art. 186 ust. 6 pkt. 1 koszty postępowania Izba wzajemnie zniosła. Natomiast zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w

postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41 poz. 238 ze zm. z 2016r. pod. 47) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: