

POSTANOWIENIE

z dnia 24 kwietnia 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 24 kwietnia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 kwietnia 2018 roku przez wykonawcę **WhyNotTravel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Kielnarowej,**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo SA w Warszawie,** działającego w imieniu i na rzecz: **Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa spółki akcyjnej w Warszawie, PGNiG Technologie spółki akcyjnej w Krośnie, PGNiG Termika spółki akcyjnej w Warszawie, Polskiej Spółki Gazownictwa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Biura Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT spółki akcyjnej we Wrocławiu, Exalo Drilling spółki akcyjnej w Pile, Geofizyki Toruń spółki akcyjnej w Toruniu, GEOVITA spółki akcyjnej w Warszawie, GAS Storage Poland spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Dębogórz, PGNiG Obrót Detaliczny spółka z ograniczoną odpowiedzialnością akcyjnej w Warszawie, PGNiG Serwis spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie**

przy udziale zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **eTravel spółka akcyjna w Warszawie, Bankowe Biuro Podróży Travelbank spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie;**
- B. wykonawcy **Polskie Linie Lotnicze LOT spółka akcyjna w Warszawie**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500zł 00 gr (słownie: trzynastu tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczzonego wpisu na rzecz wykonawcy WhyNotTravel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Kielnarowej**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 ze 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

Dnia 9 marca 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp (ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) odwołanie złożył wykonawca **WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kielnarowej** (dalej jako: „Odwołujący”).

Zamawiający - Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo SA, działające na rzecz: PGNiG Technologie S.A., PGNiG Termika S.A, Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o., Biura Studiów i Projektów Gazownictwa Gazoprojekt S.A., Exalo Drilling S.A., Geofizyki Toruń S.A., Geovity S.A., GAS Storage Poland Sp. z o.o., PGNiG Obrót Detaliczny Sp. z o.o., PGNiG Serwis Sp. z o.o. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest kompleksowa obsługa podróży służbowych krajowych i zagranicznych dla Spółek. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 listopada 2017r. pod nr 2017/S 213-443470.

Odwołanie wniesiono od czynności Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym czynności badania i oceny ofert. Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 22a ust. 1 i 2, poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy LOT z postępowania pomimo, iż Wykonawca ten, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza nie wykazał samodzielnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego zostało dokonane niezgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, a dokumenty na wezwanie Zamawiającego zostały uzupełnione z błędami;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez nierzetelne podanie daty złożenia oświadczenia o udostępnieniu potencjału.

W tym naruszenie przepisów, które były już przedmiotem badania przez Krajową Izbę Odwoławczą, jednak nie zostały w pełni merytorycznie rozpoznane:

Ewentualnie

- 3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia, wyjaśnienia lub poprawienia dokumentów w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyby Izba uznała, iż oferta LOT nie podlega odrzuceniu z innych przyczyn;

- 4) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty Wykonawcy LOT oraz Wykonawcy eTravel w zakresie finansowania ze źródeł zewnętrznych;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert LOT oraz eTravel pomimo, iż oferty te są niezgodne z treścią SIWZ, gdyż Wykonawcy będą finansowali realizację zamówienia ze źródeł zewnętrznych, w taki sposób, w jaki zakazano w postępowaniu, a także, ze względu na fakt, iż ceny oferty Wykonawców nie zawierają wszystkich składników ceny i nie gwarantują wykonania zamówienia w sposób wymagany przez Zamawiającego;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. w tym w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawcy eTravel oraz Wykonawcy LOT pomimo, iż Wykonawcy przyznali, iż przynajmniej niektóre składniki ceny oferty przedstawionych w postępowaniu nie zawierają wszystkich składników ceny, a Wykonawca LOT wprost wskazał, iż ma zamiar pokryć straty z realizacji umowy ze środków własnych, czyli Wykonawcy ci dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji wynikającego zarówno z art. 3 ust. 1 U.Z.N.K. (manipulacja ceną) oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. w rozumieniu przyjętym przez Zamawiającego w postępowaniu;
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenie oferty eTravel oraz LOT pomimo iż oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 8) Ewentualnie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy pojawiają się uzasadnione wątpliwości, iż przynajmniej część składników ceny mających wpływ na cenę zamówienia w ofertach Wykonawców eTravel oraz LOT została zaniżona do nierealnego poziomu, gdyby Izba uznała, iż Wykonawcy nie mieli obowiązku przedstawienia odpowiedniej kalkulacji i dowodów dotyczących całości przedmiotu zamówienia na podstawie wystosowanych wezwań;
- 9) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w tym w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy LOT, pomimo że Wykonawca nie udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. oraz oferty Wykonawcy eTravel, z uwagi na fakt, iż przedstawione wyjaśnienia są ogólne, nie zawierają dowodów i w istocie potwierdzają, iż oferta jest obciążona wadą rażąco niskiej ceny. Jednocześnie, w przypadku gdyby zdaniem Izby należało dopuścić ponowne wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty PLL LOT z uwagi na fakt, iż wyjaśnienia te potwierdzają obciążenie oferty LOT wadą rażąco niskiej ceny;
- 10) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, podczas gdy przy równym traktowaniu Wykonawców oraz zastosowaniu jednolitego sposobu oceny wszystkich ofert oraz pism

złożonych w postępowaniu Zamawiający zobowiązany był do unieważnienia postępowania ze względu na konieczność odrzucenia wszystkich ofert w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu podjęcia następujących czynności:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) ponownego zbadania i oceny oferty Wykonawców LOT oraz eTravel;
- 3) odrzucenia ofert Wykonawców LOT oraz eTravel;
- 4) wykluczenia Wykonawcy LOT z Postępowania

Odwołujący wskazał, że złożył ważną ofertę w postępowaniu, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Tymczasem, na skutek podjętych przez Zamawiającego niezgodnie z prawem czynności, w szczególności niezasadnego zaniechania odrzucenia oferty Wykonawców LOT oraz eTravel, Odwołujący może nie uzyskać przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zaznaczył, że jego oferta została odrzucona z postępowania. Na tę czynność Odwołujący złożył osobne odwołanie, które zostało rozpoznane przez Krajową Izbę Odwoławczą w postępowaniu o sygn. akt KIO 132/18. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego została dokonana zgodnie z prawem. Odwołujący zaskarżył to orzeczenie. Skarga została złożona 26 lutego 2018 r. Oznacza to, iż zgodnie z przepisem art. 363 § 1 oraz art. 363 § 3 k.p.c. orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie jest prawomocne, a Odwołujący, do czasu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego może uzyskać przedmiotowe zamówienie. Czyli, aż do dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego Odwołującemu przysługuje przymiot wykonawcy i tym Odwołujący samym dysponuje wąsko rozumianym interesem prawnym w uzyskaniu zamówienia.

Następnie Odwołujący złożył kolejne odwołanie w sprawie, które zostało w części uwzględnione przez Zamawiającego, a w pozostałej części oddalone przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. akt 432/18. Wyrok wraz z uzasadnieniem nie został dotychczas przekazany Odwołującemu, więc nie są znane Odwołującemu motywy rozstrzygnięcia. Z tego powodu poza zupełnie nowymi zarzutami wobec dokumentów błędnie uzupełnionych przez PLL LOT Odwołujący ponownie postawił zarzuty z poprzedniego odwołania, w przypadku gdyby nie znalazły do nich zastosowania normy wynikające z art. 189 ust. 2 pkt 4 - odwołanie nie zostałoby przez Izbę w części bądź całości merytorycznie rozpoznane, a przesłanki do nierozpoznania już by się zdezaktualizowały.

Tymczasem, na skutek niezasadnego zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy LOT oraz Wykonawcy eTravel, Zamawiający może zawrzeć umowę z którymś z Wykonawców, którego oferta podlega odrzuceniu i w ten sposób udaremnić szanse Odwołującego na uzyskanie zamówienia.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp Odwołujący może ponieść szkodę, poprzez nieuzyskanie zamówienia, które zgodnie z przepisami powinno zostać udzielone właśnie Odwołującemu. Co więcej, nawet w przypadku uwzględnienia skargi Odwołującego, Odwołujący nie uzyska zamówienia, jeżeli Zamawiający wcześniej udzieli zamówienia, innemu Wykonawcy (LOT, eTravel), niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej zostało przekazane Odwołującemu drogą elektroniczną 29 marca 2018 r. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w terminie, a wpis od odwołania został uiszczony.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: eTravel spółka akcyjna w Warszawie, Bankowe Biuro Podróży Travelbank spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie;
- B. wykonawcy Polskie Linie Lotnicze LOT spółka akcyjna w Warszawie

Izba uznała zgłoszone przystąpienia za skuteczne.

W dniu 24 kwietnia 2018 roku Odwołujący przed otwarciem posiedzenia i rozprawy wyznaczonych na dzień 25 kwietnia 2018 roku, złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało podpisane przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawcy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze i drugie oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego

na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, to jest kwotę 13 500,00 złotych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 zmianami).

Przewodniczący: