

## WYROK

z dnia 31 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2018 r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia "TOP PODRÓŻE" Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie

w postępowaniu prowadzonym przez Politechnikę Śląską Dział Zamówień Publicznych i Zaopatrzenia w Gliwicach przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Kielnarowej zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

### orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje dalsze badanie i ocenę ofert złożonych w postępowaniu;

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. 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;

2.2. zasądza od Zamawiającego kwotę 19 785 zł 00 gr. (słownie: dziewiętnaście tysięcy siedemset osiemdziesiąt pięć złotych zero groszy) na rzecz Odwołującego, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu, koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz noclegu. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017r., 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

Zamawiający – Politechnika Śląska prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017r., poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *sukcesywne świadczenie usług: rezerwacji, zakupu i dostawy biletów lotniczych na przewozy pasażerskie na trasach międzynarodowych i krajowych w ramach podróży pracowników, doktorantów i studentów oraz osób wskazanych przez Politechnikę Śląską.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 lipca 2018r. pod numerem 2018/S 125-285384. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający w dniu 9 października 2018r. poinformował wykonawców o unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 oraz pkt 7 ustawy Pzp, przedmiotowego postępowania.

Na powyższą czynność Zamawiającego wykonawca Top Podróże Sp. z o. o. z siedzibą w Szczecinie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 19 października 2018 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 26 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego - jako wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1;

2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

3) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jako bezpodstawne unieważnienie postępowania, z uwagi na to, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;

4) art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jako bezpodstawne unieważnienie postępowania, w wyniku uznania, że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp;
- 2) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp;
- 3) wezwanie wykonawcy - na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp - jako wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ;

- 4) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp;

- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową izbą Odwoławczą.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazał, że Zamawiający zgodnie z sekcją II 1.2.4) „Ogłoszenia o zamówieniu wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest sukcesywne świadczenie kompleksowej usługi rezerwacji, zakupu i dostawy indywidualnych i grupowych biletów lotniczych na przewozy pasażerskie liniami lotniczymi, zarówno liniami rejsowymi jak i tanimi liniami oraz lotami czarterowymi, na trasach międzynarodowych i krajowych."

Zgodnie z sekcją **II.2.11**) Ogłoszenia o zamówieniu: „1. Ilość biletów lotniczych (ok. 650) i całkowita ich wartość z uwzględnieniem opłaty transakcyjnej (970.000 zł brutto) są wielkościami planowanymi do realizacji w ramach umowy. Ilość i wartość faktycznie nabytych biletów przez Zamawiającego mogą być zarówno mniejsze jak i większe - zgodnie z zasadami i w granicach wynikających z zastosowania prawa opcji przewidzianego poniżej. 2. Zamawiający informuje, iż zobowiązuje się do realizacji zamówienia w wysokości co najmniej 60% wartości planowanej, tj. 582.000 zł brutto, i równocześnie uprawniony jest do rozszerzenia zamówienia o max 100% jego wartości."

Odwołujący zauważył, że sam Zamawiający zaznaczył, że ilość biletów lotniczych i całkowita ich wartość z uwzględnieniem opłaty transakcyjnej są wielkościami planowanymi do realizacji w ramach umowy. A zatem skoro ilości wskazane w zamówieniu są wielkościami planowanymi, oznacza to, że są to wielkości orientacyjne służące do wskazania wielkości (zakresu) zamówienia, sugerowane czy pożądane przez Zamawiającego, lecz nie obligatoryjne. W takim przypadku nie sposób mówić o ustaleniu konkretnych („sztywnych”) ram zamówienia. Sama ilość i destynacja lotów zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia będzie ustalana sukcesywnie - na bieżąco w granicach zaistniałych potrzeb Zamawiającego.

Z kolei w § 1 ust. 4 wzoru umowy Zamawiający ustalił, że: „Wykonawca zobowiązuje się realizować przedmiot zamówienia w terminie: sukcesywnie od dnia zawarcia umowy lecz nie wcześniej niż od dnia 01.09.2018 r., przez okres 12 miesięcy lub do wyczerpania ceny umowy w zależności co nastąpi wcześniej”, a w §2 ust. 1 wzoru umowy widnieje zapis: „Cena umowy ze wszystkimi elementami opisanymi w SIWZ oraz niniejszej umowie wynosi 970.000,00 zł brutto [...] Ww. wartość odpowiada wartości środków finansowych jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację umowy bez prawa opcji." Przywołane postanowienia wskazują na to, że Zamawiający ograniczył realizację zamówienia wysokością określonej kwoty, nie zaś liczbą zakupionych biletów. Oznacza to, że Wykonawca powinien realizować zamówienie przez okres wskazany w umowie tj. przez okres 12 miesięcy lub do czasu faktycznego skonsumowania kwoty 970.000 zł, która obejmuje wszystkie elementy opisane w SIWZ (łącznie z opłatą transakcyjną). Taka konstrukcja postanowień umownych potwierdza tezę, że dla Zamawiającego istotna była i jest łączna wartość umowy w jakiej możliwe będzie nabywanie usług objętych przedmiotem zamówienia a nie faktyczna ilość nabywanych biletów. Ta bowiem jest wartością orientacyjną, zmienną nie mającą większego znaczenia albowiem elementem determinującym wcześniejsze zakończenie umowy jest ustalona przez Zamawiającego wartość maksymalna za całość zamówienia a nie jego element (opłata transakcyjna). Powyższe w ocenie Odwołującego potwierdza, że argumentacja Zamawiającego dotycząca postaw unieważnienia postępowania jest całkowicie bezzasadna.

Zamawiający bowiem w uzasadnieniu do unieważnienia postępowania wskazał, że: „Zamawiający w treści SIWZ dotyczącej ww. zamówienia oraz we wzorze Umowy zawarł informację dotyczącą całkowitej kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia w wysokości 970.000 zł brutto. Zamawiający nie podał jednak do publicznej wiadomości (w SIWZ), że na opłaty transakcyjne za wystawienie biletów przeznacza ok. 1% powyższej kwoty tj., ok. 9.700,00 zł brutto (co dotyczyło wartości umowy bez opcji). W związku z powyższym cena opłaty transakcyjnej za wystawienie jednego biletu nie mogła przekroczyć 14 zł (przyjmując zaokrąglenie w dół 9.700,00 zł: 650 = 14,92 zł)".

Zdaniem Odwołującego powyższa argumentacja Zamawiającego jest całkowicie chybiona. Wskazał, że zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający wskazał właściwą kwotę - 970.000 zł brutto, która zdaniem Wykonawcy wyczerpuje pełen zakres zamówienia. Brak podania wielkości jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na opłaty transakcyjne, zdaniem Odwołującego, nie może stanowić przyczyny unieważnienia postępowania, ponieważ opłata transakcyjna powinna być zawarta w pełnej kwocie na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wskazał ponadto, że opłata transakcyjna oraz rabat przez niego zaoferowane mieszczą się w wartości jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, pozostawiając spory zapas. Co więcej zakup biletów w

ilości 650 szt. spowoduje naliczenie przez wykonawcę opłat w wysokości 97 500,00 zł, co w dalszym ciągu pozwala Zamawiającemu na realizację zamówienia (zakup biletów) do wysokości 872 500,00 zł. Zatem, w opinii Odwołującego, trudno zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, iż kwota na sfinansowanie przekracza jego możliwości finansowe, kiedy faktycznie do wydania w ramach umowy pozostaje kwota prawie 8 krotnie wyższa od wartości wynagrodzenia wykonawcy za opłaty transakcyjne - przy założeniu realizacji zamówienia na 650 szt. biletów

Kolejno Odwołujący stwierdził, iż jego zdaniem Zamawiający nie miał prawa samodzielnie kształtować wysokości opłaty transakcyjnej ponieważ sam określił „cenę opłaty transakcyjnej” jako jedno z najwyższych punktowanych (poza rabatem - 40 punktów) kryteriów oceny ofert o wadze 20 punktów. Twierdzenie, że cena opłaty transakcyjnej za wystawienie jednego biletu nie mogła przekroczyć 14 zł stoi w sprzeczności z ww. zapisem umownym zawartym w § 2 ust. 1 wzoru umowy: „Cena umowy ze wszystkimi elementami opisanymi w SIWZ oraz niniejszej umowie wynosi 970.000,00 zł brutto [...] Ww. wartość odpowiada wartości środków finansowych jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację umowy bez prawa opcji.”

Odwołujący wskazał następnie, że Zamawiający w dalszej części uzasadnienia unieważnienia postępowania poinformował, że: „W przypadku zaoferowania przez Wykonawcę rabatu, Zamawiający miał przyjąć cenę opłaty transakcyjnej pomniejszoną o rabat. Wysokość środków, które Zamawiający zamierza przeznaczyć na opłatę transakcyjną za wystawienie jednego biletu nie została również podana w informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 ustawy Pzp, zamieszczonej na stronie BIP Zamawiającego dnia 09.08.2018 r. W związku z powyższym Wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu nie mieli pełnej informacji pozwalającej im na złożenie ofert zawierających właściwie skalkulowaną cenę. W wyniku powyższych zaniedbań postępowanie zostało obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Odwołujący nie zgodził się również z tą częścią uzasadnienia Zamawiającego, ponieważ w jego opinii twierdzenie, że wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu nie mieli pełnej informacji pozwalającej na złożenie ofert zawierających właściwie skalkulowaną cenę nie jest prawidłowe. Zdaniem Odwołującego wszyscy wykonawcy posiadali jednakową informację dotyczącą skalkulowania ceny, a od indywidualnego ukształtowania kryteriów oceny ofert zależało to, jaką zajmą pozycję w rankingu. Co więcej - jedynym narzędziem mogącym służyć zróżnicowaniu cen złożonych ofert były właśnie kryteria oceny ofert, a mianowicie wysokość opłaty transakcyjnej jak i wysokość przyznanego rabatu za wystawienie jednego biletu lotniczego, ponieważ pula środków którą dysponował Zamawiający na realizację zamówienia była jednakowa dla wszystkich wykonawców (970.000,00 zł brutto).

Wobec powyższego, Odwołujący stwierdził, że w niniejszym postępowaniu nie występuje wada postępowania, na którą powołuje się Zamawiający, a mianowicie wada niemożliwa do usunięcia, uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W dalszej części uzasadnienia informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający wskazał, że: „W związku z powyższym cena najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Top Podróże sp. z o. o., tj. cena opłaty transakcyjnej pomniejszonej o zaoferowany rabat wynosi 150 zł i przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w zakresie opłaty transakcyjnej za wystawienie jednego biletu lotniczego, tj. ww. 14 zł. Zamawiający nie może wybrać oferty niekorzystnej pod względem ekonomicznym, której wybór spowodowałby nieuzasadnione wydatkowanie środków publicznych. W celu zachowania zasad celowego, racjonalnego i gospodarnego wydatkowania środków publicznych, Zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia postępowania w związku z ww. opisanym stanem faktycznym i prawnym.”

Odwołujący nie zgodził się z przedstawioną wyżej argumentacją Zamawiającego, ponieważ w jego ocenie, kwota 14 zł za opłatę transakcyjną (wyliczona przez Zamawiającego w zagadkowy, subiektywny sposób) nie może być uznana za pewną i niezmienną stałą, narzuconą przez Zamawiającego. Z kolei unieważnienie na tej podstawie procedury przetargowej stanowi bezsprzecznie naruszenie zasad ustawy Pzp.

Odwołujący ponownie podkreślił, że zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu ilość i wartość faktycznie nabytych biletów przez Zamawiającego mogą być zarówno mniejsze jak i większe - zgodnie z zasadami i w granicach wynikających z zastosowania prawa opcji, co w ocenie Odwołującego jednoznacznie wskazuje na to, że Zamawiający może faktycznie nabyć dowolną ilość biletów o zróżnicowanej wartości, a więc może zakupić po prostu mniejszą ilość biletów wraz z opłatą transakcyjną zaproponowaną przez Wykonawcę, co nie kwalifikuje się na unieważnienie postępowania w przedmiotowym stanie faktycznym. Dodatkowo wskazać należy, że Zamawiający przewidział również prawo opcji, z którego może, ale nie musi skorzystać. Jest to szerokie uprawnienie Zamawiającego do zwiększenia zakresu przedmiotu zamówienia. Dodatkowo skoro Zamawiający przewidział prawo opcji to argument, że cena opłaty transakcyjnej przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w zakresie opłaty transakcyjnej za wystawienie jednego biletu lotniczego, tj. ww. 14 zł wydaje się być mocno nietrafiony.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 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.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia WhyNotTravel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła nie uwzględniać wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania, uznając, iż Odwołującemu przysługiwało prawo zaskarżenia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania z uwagi na okoliczności, iż wartość zamówienia, wbrew stanowisku Zamawiającego prezentowanemu na rozprawie, przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Wskazać należy, iż Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 970.000 zł stosownie do treści art. 34 ustawy Pzp. Taka wartość zamówienia została przez Zamawiającego wskazana w piśmie skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23.10.2018 r.

Odwołujący na rozprawie wycofał zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 1, str. 3 odwołania), w związku z czym zarzut ten nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

**Izba ustaliła:**

I. Zgodnie z rozdziałem II SIWZ, Opis przedmiotu zamówienia (OPZ), przedmiotem zamówienia jest sukcesywnie świadczenie kompleksowej usługi rezerwacji, zakupu i dostawy indywidualnych i grupowych biletów lotniczych na przewozy pasażerskie liniami lotniczymi, zarówno liniami rejsowymi jak i tanimi liniami oraz lotami czarterowymi, na trasach międzynarodowych i krajowych. Usługa obejmuje w szczególności:

- wyszukiwanie najkorzystniejszych połączeń w klasie ekonomicznej, a na wyraźne żądanie Zamawiającego również w klasie business,
- prezentację minimum trzech wariantów połączeń (jeśli występują), w miarę dostępności obsługiwanych przez różnych przewoźników,
- dokonanie rezerwacji połączenia zaakceptowanego przez Zamawiającego wraz z przekazaniem Zamawiającemu potwierdzenia rezerwacji,
- zakup biletów zleconych przez Zamawiającego i dostarczenie ich Zamawiającemu, -
- składanie odwołań i reklamacji do linii lotniczych.

II. Zamawiający w rozdziale VII SIWZ – Opis sposobu obliczania ceny wskazał, że:

„1. W cenie oferty – opłata transakcyjna – muszą być uwzględnione wszelkie koszty związane z kompleksową realizacją zamówienia (...),

4. Zamawiający zastrzega, że cena opłaty transakcyjnej musi być wyższa niż 0,00 zł.”

III. w punkcie 5 rozdziału VIII SIWZ Zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert:

Cena opłaty transakcyjnejmax 20 pkt

Rabatmax 40 pkt

Termin płatnościmax 10 pkt

Termin przedstawienia rezerwacji/zakupumax 10 pkt

Ilość niezależnych systemów rezerwacjimax 10 pkt

Ilość stanowisk do rezerwacji biletów i obsługimax 10 pkt

IV. W § 2 punkcie 1 wzoru umowy Zamawiający wskazał, że cena umowy ze wszystkimi elementami opisanymi w SIWZ oraz niniejszej umowie wynosi 970.000 zł brutto, natomiast w punkcie 9 § 2 wzoru umowy Zamawiający wskazał, że ilość biletów lotniczych (ok. 650) i całkowita ich wartość z uwzględnieniem opłaty transakcyjnej (970.000 zł brutto) są wielkościami planowanymi do realizacji w ramach umowy. Ilość i wartość faktycznie nabytych biletów przez Zamawiającego mogą być zarówno mniejsze jak i większe – zgodnie z zasadami i w granicach wynikających z zastosowania prawa opcji.

**Izba zważyła:**

I. Odnosząc się do pierwszej ze wskazanych przez Zamawiającego przyczyn unieważnienia postępowania Izba w całości podzieliła argumentację i stanowisko Odwołującego przedstawione w treści odwołania, traktując je jako własne.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena

najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że Zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Analiza treści przepisu wskazuje, iż jego dyspozycja znajduje zastosowanie w przypadku kumulatywnego wystąpienia dwóch wskazanych w nim przesłanek:

1) cena najkorzystniejszej oferty lub cena z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz

2) zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający na realizację zamówienia przeznaczył kwotę 970.000 zł, która wynikała z § 2 ust. 1 wzoru umowy. Kwota ta miała pokrywać zarówno wydatki ponoszone przez wykonawcę na realizację usługi polegającej na rezerwacji biletów oraz na zakup ok. 650 szt. biletów lotniczych na trasach krajowych i międzynarodowych, nabywanych na polecenie Zamawiającego. Wskazać ponadto należy, iż Zamawiający przewidział zastosowanie prawa opcji wskazując, iż wartość takiej umowy to 1.940.000 zł. Kryteriami oceny ofert ustalonymi przez Zamawiającego były kryteria wskazane w rozdziale VIII SIWZ. Zamawiający jako jedno z kryteriów przewidział wysokość opłaty transakcyjnej (20%) oraz wysokość rabatu (40%).

Zamawiający w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 wskazywał, iż „Zamawiający w treści SIWZ dotyczącej ww. zamówienia oraz we wzorze Umowy zawarł informację dotyczącą całkowitej kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia w wysokości 970.000 zł brutto. Zamawiający nie podał jednak do publicznej wiadomości (w SIWZ), że na opłaty transakcyjne za wystawienie biletów przeznaczona jest ok. 1% powyższej kwoty tj., ok. 9.700,00 zł brutto (co dotyczyło wartości umowy bez opcji). W związku z powyższym cena opłaty transakcyjnej za wystawienie jednego biletu nie mogła przekroczyć 14 zł (przyjmując zaokrąglenie w dół 9.700,00 zł: 650 = 14,92 zł). W przypadku zaoferowania przez Wykonawcę rabatu, Zamawiający miał przyjąć cenę opłaty transakcyjnej pomniejszoną o rabat. Wysokość środków, które Zamawiający zamierza przeznaczyć na opłatę transakcyjną za wystawienie jednego biletu nie została również podana w informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 ustawy Pzp, zamieszczonej na stronie BIP Zamawiającego dnia 09.08.2018 r.”

Odnosząc się do powyższego stanowiska Zamawiającego wskazać należy, iż zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie jedynie w sytuacji ściśle w tym przepisie określonym, tj. wtedy, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Powyższy przepis nie daje natomiast Zamawiającym możliwości unieważnienia postępowania w sytuacji, kiedy jakiś element kosztowy składający się na cenę oferty przekracza wysokość środków jakie Zamawiający zamierzał w tym zakresie przeznaczyć - a co istotne w niniejszym postępowaniu - powyższe w żaden sposób nie zostało przez Zamawiającego sprecyzowane do upływu terminu składania ofert. Wykonawcy mieli więc swobodę w kształtowaniu wysokości opłaty transakcyjnej i przyznanego rabatu, które były punktowane przez Zamawiającego w ramach kryteriów oceny ofert. Zamawiający w SIWZ nie ustalił górnej wysokości opłaty transakcyjnej, wskazał jedynie, iż musi być ona większa niż 0zł. W realiach rozpoznawanej sprawy nie sposób przyjąć, że ustalenie przez Odwołującego opłaty transakcyjnej w wysokości 150 zł od każdego nabytego biletu, tj. od ok. 650 sztuk, co łącznie daje kwotę 97.500 zł powoduje, iż kwota ta przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 970.000 zł. Okoliczność natomiast, iż w związku z tak ustaloną wysokością opłaty transakcyjnej Zamawiający nabędzie potencjalnie mniejszą ilość biletów, niż w sytuacji gdyby taka opłata transakcyjna ustalona została na niższym poziomie nie może uzasadniać stanowiska Zamawiającego, iż postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Podkreślić bowiem należy, iż niedopuszczalne jest unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w sytuacji kiedy oferta najkorzystniejsza nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W konsekwencji Izba uznała, iż Zamawiający naruszył przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

II. Odnosząc się następnie do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Izba uznała, że nie została wykazana zasadność zastosowania powyższego przepisu. Izba w tym zakresie również w całości podzieliła argumentację i wywody Odwołującego przedstawione w treści odwołania, traktując je jako własne.

Stosowanie do treści art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten przewiduje unieważnienie postępowania, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pomiędzy wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć normalny związek przyczynowy. Wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada postępowania o udzielenie zamówienia, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną nieważność *ab initio*, a tym samym prawną bezskuteczność (por. wyrok KIO z dnia 12 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2200/14; KIO 2208/14; KIO 2212/14). Podstawy do unieważnienia ewentualnej przyszłej umowy zostały

określone w art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp, i to właśnie te przepisy muszą stanowić podstawę oceny pod kątem wypełnienia przesłanki ustawowej wskazującej na konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o tzw. "wadę postępowania" (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp). Okoliczności niniejszej sprawy, a w szczególności podstawa faktyczna podana przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania, nie pozwalają na uznanie, by została wypełniona którakolwiek z podstaw wskazanych w tym przepisie.

Z kolei, w myśl art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający uzasadniając potrzebę unieważnienia postępowania wskazywał przed Izbą, że postępowanie było obarczone licznymi błędami jak np. błędne określenie przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji błędnie ustalona jego wartość. Z uzasadnienia informacji o unieważnieniu wynikało jednak, iż Zamawiający przyczynę nieważności upatrywał w niepełnym, a w konsekwencji wadliwie skonstruowanym kryterium oceny ofert dotyczącym opłaty transakcyjnej. Powyższe zdaniem Zamawiającego powodowało, że wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu nie mieli pełnej informacji pozwalającej im na złożenie ofert zawierających właściwie skalkulowaną cenę.

W ocenie Izby okoliczności wskazywane przez Zamawiającego nie uzasadniały możliwości ewentualnego unieważnienia umowy z uwagi na przesłanki podane w ww. przepisie. Wskazać należy, że art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, w przeciwieństwie do art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, nie stwierdza w sposób definitywny, że umowa podlega unieważnieniu, lecz przewiduje uprawnienie do fakultatywnego żądania jej unieważnienia. Przepis ten wymaga zaistnienia czynności lub zaniechań, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że okoliczności wskazywane przez Zamawiającego musiałyby koncentrować się na opisie kryterium opłaty transakcyjnej.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Izba stwierdziła, że Zamawiający w rozdziale VII szczegółowo opisał jakie elementy mają się składać na opłatę transakcyjną, natomiast w rozdziale VIII szczegółowo opisał kryteria oceny ofert, podał ich wagę oraz sposób obliczenia punktów na ich podstawie. Tym samym Izba stwierdziła, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający uczynił zadość obowiązkowi określonymu w tym przepisie.

Obecne stanowisko Zamawiającego odnośnie braku wskazania w SIWZ, iż wysokość opłaty transakcyjnej za 1 bilet nie mogła przekraczać 14 zł nie mogło zostać uznane za okoliczności, które czyniłyby tę część specyfikacji na tyle wadliwą, by nie można było porównać złożonych ofert i dokonać ich oceny, zgodnie z przyjętym w specyfikacji sposobie oceny ofert.

Co istotne Zamawiający na podstawie wzoru przyznał punkty w zakresie tego kryterium, a okoliczność, iż wysokość opłaty transakcyjnej oferty wykonawcy, który uzyskał największą ilość punktów jest ok. 70x wyższa (według twierzeń Zamawiającego na rozprawie) nie może stanowić o tym, iż postępowanie obarczone jest wadą nieważności.

Słusznie argumentował Odwołujący, że wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu posiadali jednakową informację dotyczącą skalkulowania ceny, a od indywidualnego ukształtowania kryteriów oceny ofert zależało to, jaką zajmą pozycję w rankingu. Co więcej - jedynym narzędziem mogącym służyć zróżnicowaniu cen złożonych ofert były właśnie kryteria oceny ofert, a mianowicie wysokość opłaty transakcyjnej jak i wysokość przyznanego rabatu za wystawienie jednego biletu lotniczego, ponieważ pula środków którą dysponował Zamawiający na realizację zamówienia była jednakowa dla wszystkich wykonawców, tj. 970.000,00 zł brutto.

Tym samym Izba stwierdziła, że treść specyfikacji była jasna, wystarczająca i pozwalająca na sporządzenie ofert oraz na przeprowadzenie ich merytorycznej oceny. Zamawiający zawarł w treści SIWZ element w pełni porównywalny, weryfikowalny i możliwy do rzetelnego wyliczenia przez zainteresowanych wykonawców - w postaci obowiązku podania wysokości opłaty transakcyjnej od każdego biletu z uwzględnieniem, iż opłata ta musi być wyższa niż 0 zł. Powyższe w ocenie Izby potwierdza fakt, iż w postępowaniu zostały złożone oferty, które czyniły zadość wymaganiom SIWZ, tj. wskazywała wysokość opłaty transakcyjnej.

Izba wskazuje, iż z perspektywy czasu zawsze można przyjąć, że pewne kwestie można było bardziej uszczegółowić, aby lepiej zabezpieczyć interes Zamawiającego, jednakże powyższe nie musi oznaczać, że postępowanie w danym kształcie jest w całości obarczone tak poważną wadą, by była konieczność jego unieważnienia. Wykonawca składając ofertę sporządzoną zgodnie z wymogami SIWZ nie może być narażony na negatywne konsekwencje braku przewidzenia przez Zamawiającego w SIWZ jakiegś dodatkowych szczegółów. Jeżeli bowiem dany wykonawca dołożył starań, by dostosować się do istoty treści specyfikacji, sporządził ofertę, oparł wyliczenia tej oferty na wymogach podanych mu przez Zamawiającego, to unieważnienie postępowania z uwagi na to, że ostatecznie jego oferta okazała się dla Zamawiającego droższa jawi się dla tego wykonawcy, jako naruszenie zasady równego traktowania, a nie jako działanie nakierowane na realizację tej zasady.

Końcowo należy wskazać, że jak podkreśla się w orzecznictwie Izby „unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i powinno być stosowane rozważnie. Należy mieć bowiem na uwadze, że celem postępowania jest wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Przesłanki unieważnienia podlegają wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, zarówno w zakresie okoliczności faktycznych, jak i prawnych spoczywa na zamawiającym" (por. wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2832/14).

Wyjątkowość tej instytucji nakazuje wykładnię ścisłą, a ponadto wymaga od Zamawiającego udowodnienia okoliczności faktycznych i prawnych, które mają uzasadniać unieważnienie postępowania. W niniejszej sprawie Zamawiający ograniczył się jedynie do ogólnych twierdzeń i nie sprostował, w ocenie Izby, ciężarowi dowodowemu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018r., poz. 972). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów w wysokości - 4785,00 zł, tzn. wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną fakturą (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia), kosztów dojazdu na rozprawę w kwocie 906,00 zł oraz kwotę 279 zł poniesionych z tytułu noclegu.

**Przewodniczący: .....**