Sygn. akt: KIO 1018/22

WYROK

z 6 maja 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 5 maja 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 11 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kielnarowej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Polski Związek Szermierczy z siedzibą w Warszawie przy udziale wykonawcy Business Travel Club Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie

do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu nr 2 odwołania.

2. Uwzględnia zarzut nr 1 odwołania i nakazuje zamawiającemu:

   2.1 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,

   2.2 odrzucenie oferty wykonawcy Business Travel Club Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

   2.3 przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Polski Związek Szermierczy z siedzibą w Warszawie i:

   3.1 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,

   3.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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:.....

Sygn. akt: KIO 1018/22

Polski Związek Szermierczy z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 poz. 1129, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Odbiór, transport i zagospodarowanie komunalnych osadów ściekowych z oczyszczalni ścieków Świlcza - Kamyszyn", numer referencyjny: ZWIK 23/02/2022.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 11 marca 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem Ogłoszenie nr 2022/S 050-128978.

11 kwietnia 2022 r. wykonawca WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kielnarowej (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Business Travel Club Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej BTC lub Przystępujący), pomimo iż BTC złożył ofertę niezgodną z treścią SWZ poprzez zaoferowanie połączenia przesiadkowego, podczas gdy istnieje połączenie bez przesiadek.

2. art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp w związku z art. 224 ust. 6 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, mimo iż Wykonawca BTC nie złożył wyjaśnień ceny, a w przypadku uznania, iż złożone wyjaśnienia są wyjaśnieniami ceny to należy uznać, iż złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;

2. odrzucenia oferty Przystępującego;

3. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron Odwołujący oświadczył, że wycofuje zarzut nr 2 odwołania.

W uzasadnieniu pozostałego zarzutu Odwołujący wskazał:

Zgodnie z pkt 1 tabeli w Załączniku nr 4 do SWZ Zamawiający wymagał wyceny lotu do Antalyii w Turcji. Wykonawca BTC Zaoferował Zamawiającemu połączeni z jedną przesiadką, w Monachium. Jako dowód Odwołujący wskazał:

1. Wydruki biletów lotniczych.pdf, s. 1 (oferta BTC)

Z Warszawy do Antalyi istnieją połączenia bezpośrednie. Na dowód Odwołujący wskazał wydruki biletów na trasie Warszawa - Antalyia (Turkish Airlines).

W ocenie Odwołującego, zgodnie z postanowieniami SWZ (Załącznik nr 4 do SWZ, s 2) oferta wykonawcy BTC podlegała odrzuceniu, gdyż mimo iż istnieje połączenie bezpośrednie Przystępujący zaoferował połączenie przesiadkowe.

4 maja 2022 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko w zakresie zarzutu nr 1 Zamawiający wskazał:

Zamawiający w odpowiedzi na zadane pytanie do treści SWZ: „W nawiązaniu do treści SIWZ postępowania rozumiemy, ze Zamawiający oczekuje od Wykonawców wskazania najtańszych rozwiązań przelotowych. Rozumiemy również, że w przypadku możliwości przelotu bez noclegu Zamawiający oczekuje wskazania takiego właśnie rozwiązania. Istnieje możliwość np. wylotu we wskazanym w zał. nr 4 terminie, uzyskania niższej ceny, jednakże wiązać by się to musiało z noclegiem w porcie tranzytowym. Czy takie rozwiązanie jest przez Zamawiającego akceptowalne, czy winny być rozważane jedynie podróże bez noclegów w portach tranzytowych?"

Zamawiający odniósł się jedynie do podróży bez noclegów, natomiast na pierwszą część pytania nie udzielił odpowiedzi, co należało traktować jako „cichą zgodę". Zamawiający co prawda w ostatnim akapicie załącznika Nr 4 do SWZ wyraził oczekiwanie połączenia bezpośredniego, lecz w odpowiedzi na pytanie oczekiwał „od Wykonawców wskazania najtańszych rozwiązań przelotowych" i wyraził zgodę dorozumianą na takie rozwiązanie „w przypadku możliwości przelotu bez noclegu".

Należało wziąć pod uwagę, że Zamawiający ma obowiązek m. in. stosowania przepisów Pzp jak również o finansach publicznych, a w szczególności musi brać pod uwagę art. 44 ust. 3: „wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów".

W przypadku połączenia do Antalyi Odwołujący oszacował cenę jednego biletu na poziomie

5 877,00 zł (lot bezpośredni), a BTC zaoferował podróż dla jednej osoby z jednym transferem przez Monachium w cenie 990,00 zł, co stanowiło uzasadnienie wyboru takiego rozwiązania/połączenia.

Odwołujący oparł zarzut jedynie na podstawie postanowień załącznika Nr 4 do SWZ bez analizy odpowiedzi Zamawiającego udzielonej w 14 marca 2022 r. Jeżeli Odwołujący miał jakiekolwiek wątpliwości w zakresie odpowiedzi na zadane pytanie miał możliwość dopytać Zamawiającego o interpretację przedmiotowych postanowień.

W związku z powyższym zarzut należało uznać za bezzasadny.

Przystępujący 29 kwietnia 2022 r. ustosunkował się pisemnie do zarzutów odwołania i przedstawił argumentację podobną do przytoczonego wyżej stanowiska Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie

na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, ze szczególnym SWZ wraz z załącznikami, oferty Przystępującego oraz dowodów wskazanych przez Odwołującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zakres przedmiotu zamówienia określony został w załączniku nr 4 do SWZ. W dokumencie tym Zamawiający wskazał m. in.:
„W przypadku, gdy na wskazanych trasach istnieją rejsy bezpośrednie, Zamawiający oczekuje, pod rygorem odrzucenia oferty, na wskazanie możliwości przewozu zawodników na bazie takich rejsów bezpośrednich w zakresie destynacji zamieszczonych w załączniku nr 4 do SWZ. Jednak w trakcie realizacji umowy Zamawiający dopuszcza możliwość realizacji połączeń pośrednich przy założeniu, że czas oczekiwania na lot w miejscowości pośredniej nie przekroczy 4 godzin. Jednocześnie Zamawiający informuje, że w przypadku lotów pośrednich, gdy czas oczekiwania przekroczy 4 godziny, podejmował będzie decyzję po konsultacji z Wykonawcą".

Przytoczone postanowienie było podstawą zarzutu nr 1.

Między stronami nie było sporne, że Przystępujący wycenił w ofercie połączenie do Antalyi z przesiadką w Monachium.

Biorąc pod uwagę przytoczone wyżej postanowienie załącznika nr 4 do SWZ nie budzi wątpliwości, że Przystępujący nie zastosował się do wymogu Zamawiającego - tj. wycenił w ofercie połączenie z przesiadką zamiast połączenia bezpośredniego. Izba uznała za udowodnione, że na trasie Warszawa - Antalya istnieje połączenie bezpośrednie obsługiwane przez Turkish Airlines. Tym samym, obowiązkiem wykonawców było ujęcie w ofercie ceny dla połączenia bezpośredniego, pod rygorem odrzucenia oferty.

Zamawiający w toku rozprawy przyznał, że ww. wymóg z załącznika nr 4 był „niefortunny". Istotne jednak jest to, że wymóg ten nie został w żaden sposób uchylony i zachował swoją aktualność. Oceny tej nie zmienia wskazana przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie do treści SWZ, w której Zamawiający podkreślił istotne znaczenie możliwie niskiej ceny połączeń. Skoro Zamawiający oczekiwał wyceny połączeń bezpośrednich to nie mógł od tego wymogu odstąpić na etapie oceny ofert kierując się znacznie niższą ceną zaoferowaną przez Przystępującego.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Skoro zatem w załączniku nr 4 do SWZ zawarty został ww. wymóg, to obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie oferty Przystępującego, mimo, że była ona niewątpliwie korzystniejsza cenowo.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....