Sygn. akt KIO 472/24

WYROK

Warszawa, dnia 29.02.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2024 r. przez wykonawcę WhyNotTravel Z. N. Sp. k. z siedzibą w Kielnarowej, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Nadwiślański Oddział Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Bankowe Biuro Podróży TravelBank Sp. z o.o. oraz eTravel S.A. z siedzibą lidera w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i 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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

3. Zasądza od odwołującego WhyNotTravel Z. N. sp. k. z siedzibą w Kielnarowej na rzecz zamawiającego Nadwiślański Oddział Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy).

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 472/24

Uzasadnienie

Nadwiślański Oddział Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Zamawiający", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), dalej jako: „ustawa PZP", którego przedmiotem jest Usługa rezerwacji i dostawy biletów lotniczych, komunikacji kolejowej, autobusowej i morskiej dla cudzoziemców deportowanych z terytorium RP oraz funkcjonariuszy Straży Granicznej stanowiących ich eskortę lub asystę, numer sprawy: 17/FI/23.

Wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 12 grudnia 2023 r. pod numerem 00752100-2023.

W dniu 12 lutego 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy WhyNotTravel Z. N. Sp. k. z siedzibą w Kielnarowej (dalej jako: „Odwołujący) wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum firm Bankowe Biuro Podróży „Travelbank" Sp. z o. o. i eTravel S.A. z siedzibą lidera w Warszawie. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1 . art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, że Konsorcjum nie przedstawiło 4 procedur deportacyjnych wbrew wymaganiom określonym w warunkach zamówienia.

W związku z powyższym zarzutem Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Konsorcjum.

Stanowisko Odwołującego:

W uzasadnieniu postawionego zarzutu Odwołujący wskazał, że wykonanie procedury deportacyjnej różni się od wystawienia zwykłego biletu lotniczego, w tym w szczególności wymaga się, aby osoby deportowane i eskortowane zostały odpowiednio oznaczone, co ma umożliwić linii lotniczej oraz kapitanowi statku powietrznego zachowanie praw i obowiązków własnych, deportowanego, eskorty oraz innych pasażerów. W systemie Amadeus, którego

użyto do zarezerwowania biletów przedstawionych przez Konsorcjum, po nazwisku pasażera powinno zostać odpowiednio użyte oznaczenie ID/DEPA lub ID/DEPU lub ID/ESCORT, czego Konsorcjum zaniechało, w przeciwieństwie nie tylko do Odwołującej ale również Wykonawcy Polskie Linie Lotnicze LOT S.A.

Takie zaniechanie oznacza, że nie zostały przedstawione cztery procedury deportacyjne tylko bilety lotnicze. Jedynie przeprowadzenie pełnej procedury deportacyjnej z zachowaniem wszystkich wymagań dotyczących klasy oraz oznaczeń pasażerów daje gwarancję, że deportowany oraz eskorta zostaną potraktowani zgodnie z wymaganiami w zakresie deportacji za pośrednictwem linii lotniczej.

Przedstawienie biletów lotniczych bez zachowania procedury deportacyjnej nie stanowi o wypełnieniu obowiązku nałożonego na wykonawców w Dokumentacji Zamówienia, tym samym oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, tak jak oferta Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. oraz Furnel Travel International Sp. z o.o.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 23 lutego 2024 r. odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający, wnosząc o jego oddalenie w całości. Zdaniem Zamawiającego postawiony zarzut w żaden sposób nie odnosi się do zapisów zawartych w SWZ i jest nieuzasadniony.

Zamawiający podkreślił, iż w SWZ nie określił szczegółowego sposobu oznaczenia statusu osoby deportowanej na biletach lotniczych oraz na wydrukach rezerwacji biletów lotniczych z elektronicznego systemu rezerwacji.

Dalej Zamawiający wskazał, że Konsorcjum do oferty dołączyło, zgodnie z wymogami Zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia, wydruki rezerwacji biletów lotniczych z elektronicznego systemu rezerwacji oraz kalkulacje cenowe biletów lotniczych. Zamawiający wskazał również dokładnie miejsca oznaczenia statusu osoby deportowanej w dokumentach przedłożonych przez Konsorcjum.

Przede wszystkim na wydruku rezerwacji biletów lotniczych z elektronicznego systemu rezerwacji informacja o statusie osoby deportowanej wskazano w polu „Flight service" – np.: „Osoba deportowana, bez eskorty - Potwierdzono - In illegal stay".

Co więcej, również w poszczególnych fragmentach kalkulacji cenowej znajduje się adnotacja dotycząca statusu pasażera deportowanego.

Zamawiający wskazał również, że oferty PLL LOT S.A. oraz Furnel Travel International Sp. z o.o. zostały odrzucone z innych powodów, niż wskazywał Odwołujący.

Na koniec Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wykazał jednoznacznie na czym polega niezgodność oferty Konsorcjum z warunkami zamówienia, co jest niezbędnym dla uwzględnienia odwołania opartego na zarzucie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Stanowisko Przystępującego:

Pismem procesowym z dnia 23 lutego 2024 r. stanowisko w sprawie zajął wykonawca Bankowe Biuro Podróży TravelBank Sp. z o.o. oraz eTravel S.A., dalej jako: „Przystępujący", wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący wskazał, że zgodnie z zasadami linii lotniczych procedura deportacyjna polega na wpisaniu odpowiedniego kodu SSR w rezerwacji i uzyskanie statusu potwierdzonego, czyli HK1. Te zasady potwierdza informacja uzyskana z AIR France/KLM oraz Turkish Airlines.

Jak wynika z załączonych do oferty Przystępującego wydruków kalkulacji w wydrukach do każdej trasy znajduje się poprawnie wprowadzona i potwierdzona procedura deportacyjna zgodnie z zasadami linii lotniczych i wieloletnią praktyką konsorcjum.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Bankowe Biuro Podróży TravelBank Sp. z o.o. oraz eTravel S.A., zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Ponadto strony i uczestnik postępowania zgłaszali wnioski dowodowe o przeprowadzenie dowodów z dokumentów na okoliczności wskazywane przy ich składaniu. Izba postanowiła dopuścić wszystkie ww. wnioskowane dowody w poczet materiału dowodowego i przeprowadzić na ich

podstawie dowody. Różnie została oceniona wiarygodność tychże dowodów, co znajdzie wyraz w treści uzasadnienia.

Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka. Zdaniem Izby przeprowadzenie ww. dowodu nie było niezbędne do rozstrzygnięcia sprawy oraz prowadziłoby jednie do zwłoki w postępowaniu odwoławczym.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest Usługa rezerwacji i dostawy biletów lotniczych, komunikacji kolejowej, autobusowej i morskiej dla cudzoziemców deportowanych z terytorium RP oraz funkcjonariuszy Straży Granicznej stanowiących ich eskortę lub asystę, numer sprawy: 17/FI/23.

Zgodnie z SWZ:

Rozdział IV.1:

„Przedmiotem zamówienia jest usługa rezerwacji i dostawy biletów lotniczych, komunikacji kolejowej, autobusowej i morskiej dla cudzoziemców deportowanych z terytorium RP oraz funkcjonariuszy Straży Granicznej stanowiących ich eskortę lub asystę. Usługa rezerwacji i dostawy biletów dotyczy nw. Kategorii osób:

- cudzoziemcy, wobec których wydano decyzję o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu,
- cudzoziemcy, którzy zostali zakwalifikowani do programu pomocy w dobrowolnym powrocie,
- cudzoziemcy, wobec których wydano decyzję o przekazaniu do innego państwa członkowskiego UE,
- funkcjonariuszy Straży Granicznej stanowiących eskortę lub asystę dla ww. kategorii cudzoziemców."

Rozdział IV.2:

„2. W ramach przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany będzie do:

1) Rezerwacji i dostawy biletów lotniczych, komunikacji kolejowej, autobusowej i morskiej.

2) Znajomości przepisów i wymogów linii lotniczych związanych z realizacją transportu lotniczego osób zaliczanych do kategorii pasażera podwyższonego ryzyka posiadających statut DEPU i DEPA na kierunkach europejskich i pozaeuropejskich."

Rozdział XV - Cena biletów:

Cena biletów:

„1 ) Przedstawiona przez Wykonawcę suma cen 4 procedur deportacyjnych służyć będzie jedynie do porównania cen złożonych ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty;

2) Wykonawca przedstawi zestawienie cen 4 procedur deportacyjnych na wyznaczonych przez Zamawiającego trasach, określonych w Formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SWZ) 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 postępowaniu wpłynęły 4 oferty.

Zgodnie z informacją z dnia 02.02.2024 r. za najkorzystniejszą uznana została oferta Przystępującego otrzymując 97,43 pkt. Na drugim miejscu sklasyfikowana została oferta Odwołującego z punktacją na poziomie 70,36 pkt.

Oferta wykonawcy Furnel Travel International Sp. z o.o. oraz wykonawcy Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. zostały odrzucone.

Uzasadnienie prawne:

Zdaniem Izby odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przede wszystkim Izba miała na uwadze ugruntowane już orzecznictwo, że odrzucenie oferty z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia może mieć miejsce tylko i wyłącznie w razie jednoznacznego i niewątpliwego stwierdzenia takiej niezgodności. Przy czym niezgodność taka zachodzi, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom, które są jasne i

precyzyjne (tak np.: Wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2023 r. KIO 1618/23, Wyrok KIO z dnia 15 maja 2023 r. KIO 1205/23, Wyrok KIO z dnia 10 maja 2023 r. KIO 1177/23 i inne).

Odwołujący zasadność postawionego zarzutu wywodził z niezgodności oferty Przystępującego z zapisami Rozdziału XV SWZ „Sposób obliczenia ceny", gdzie w podrozdziale „Cena biletów" wskazano, że:

> „2 . Wykonawca przedstawi zestawienie cen 4 procedur deportacyjnych na wyznaczonych przez Zamawiającego trasach, określonych w Formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SWZ) wraz z kalkulacją odrębną dla każdej procedury deportacyjnej i wydrukami z elektronicznego systemu rezerwacji."

Zdaniem Odwołującego dla prawidłowości procedury deportacyjnej po nazwisku pasażera w systemie rezerwacyjnym powinna być informacja o jego statusie jako osoby deportowanej z lub bez eskorty. Brak takiej informacji – zdaniem Odwołującego oznacza, że nie została przedstawiona pełna procedura deportacyjna, a zatem nie zostały spełnione wymagania Zamawiającego z ww. zapisu SWZ, co przesądza o konieczności odrzucenia takiej oferty.

Dla rozstrzygnięcia sprawy należy więc zdekodować wymagania Zamawiającego zawarte w SWZ, a dotyczące przedkładanych wraz z ofertą dokumentów. Zdaniem Izby nie sposób twierdzić, że w ramach ww. zapisu SWZ Zamawiający określił szczegółowy sposób oznaczenia statusu osoby deportowanej na wydrukach rezerwacji biletów lotniczych z elektronicznego systemu rezerwacji.

Zamawiający wymagał od wykonawców m. in. znajomości przepisów i wymogów linii lotniczych związanych z realizacją transportu lotniczego osób zaliczanych do kategorii pasażera podwyższonego ryzyka posiadających statut DEPU i DEPA na kierunkach europejskich i pozaeuropejskich (Rozdział IV ust. 2 pkt 2 SWZ).

Materiał dowodowy zebrany w sprawie wskazuje zdaniem Izby na to, że różne są praktyki linii lotniczych w tym zakresie (Odwołujący i Przystępujący przedłożyli dowody, które są ze sobą w kontrze) oraz, że praktyka ta jest zmienna (sam Odwołujący w wypowiedzi ustnej stwierdził, że w przypadku Turkish Airlines wymagania te uległy zmianie i obecnie nie jest wymagane oznaczenie po nazwisku pasażera).

Co jednak istotne, nie wykazał Odwołujący, by oznaczenie statusu pasażera w innym miejscu niż po jego nazwisku było jednoznaczne z tym, że procedura deportacyjna została wykonana wadliwie i nie zostanie zaakceptowana przez linię lotniczą. Nie ulega zaś wątpliwości, że na wszystkich dokumentach przedłożonych przez Przystępującego status pasażera jako osoby deportowanej z lub bez eskorty jest w wyraźny sposób uwidoczniony.

Zamawiający wymagał przedstawienia cen 4 procedur deportacyjnych z wydrukami z elektronicznego systemu rezerwacji nie dookreślając jak na tychże wydrukach ma zostać oznaczony status pasażera deportowanego. Obowiązek oznaczenia statusu pasażera po jego nazwisku, którego naruszenie wywodzi Odwołujący, nie znalazł się w zapisach SWZ i zdaniem Izby brak jego spełnienia nie świadczy o tym, że nie została przedstawiona pełna procedura deportacyjna. Materiał dowodowy wskazuje na to, że czasami status taki jest

podawany po nazwisku, czasami w innym miejscu, jednak nie zostało wykazane, że brak oznaczenia statusu po nazwisku dyskwalifikuje procedurę deportacyjną jako wadliwą.

W takiej sytuacji nie można odrzucić oferty Przystępującego z uwagi na niezgodność z wymaganiem, które nie zostało wyrażone w SWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę, w szczególności brak zapisów w SWZ odnoszących się do sposobu oznaczenia statusu osoby deportowanej na wydrukach rezerwacji biletów lotniczych z elektronicznego systemu rezerwacji, należy uznać, że Odwołujący nie wykazał bezsprzecznie, że oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Jednoznaczność i bezsprzeczność takiej niezgodności jest warunkiem sine qua non dla uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, a w niniejszej sprawie taki stan rzeczy nie nastąpił.

Wobec tego odwołanie należało oddalić.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 2 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: ……