

POSTANOWIENIE
z dnia 3 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik - Zawalska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 3 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2023 r. przez wykonawcę:

WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp. k. w Tyczynie

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Uniwersytet Wrocławski

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021, poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Uniwersytet Wrocławski (pl. Uniwersytecki 1, 50-137 Wrocław) (dalej: Zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm) (dalej: Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup międzynarodowych biletów lotniczych, autobusowych i kolejowych dla pracowników, studentów, doktorantów, gości i zleceniobiorców Uniwersytetu Wrocławskiego oraz innych osób delegowanych i zapraszanych. Numer referencyjny: BZP.2711.18.2023.MG, Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym UE 2023/S 077-230953 (dalej : Postępowanie).

W dniu 21 lipca 2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł WhyNotTravel Załoga Nasternak Sp. k. (Kielnarowa 108A, 36-020 Tychyn) (dalej: Wykonawca lub Odwołujący).

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z Ustawą: czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz na zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Simply Travel Sp. z o.o, ul. M.M. 17, 31-870 Kraków (dalej: Simply Travel) przez Zamawiającego. W związku z tymi czynnościami Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Simply Travel z uwagi na fakt, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. Wykonawca Simply Travel nie wskazał w ofercie adresu własnego lub podwykonawcy na terenie Wrocławia.

2.art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 223 ust. 1 zd. 2 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp poprzez przeprowadzenie negocjacji treści oferty z Wykonawcą Simply Travel i w konsekwencji dokonanie zmiany oraz przyjęcie oferty o zmienionej treści, czyli oferty niezgodnej z ustawą.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu podjęcia następujących czynności:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2.odrzucenia oferty Simply Travel;
- 3.przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert bez uwzględniania oferty wykonawcy Simply Travel.

Jako uzasadnienie zarzutu Odwołujący wskazywał, że: „zgodnie z pkt 4 lit. a OPZ Zamawiający wymaga obsługi przez Wykonawcę „w siedzibie/filii/ oddziale/punkcie kontaktowym (z terminalem) na terenie miasta Wrocławia”. Wymaganie to potwierdzono również w § 2 ust. 3 wzoru umowy (...) Zgodnie z zapisem pkt 2 OPZ Zamawiający żąda aby w ofercie potencjalnego Wykonawcy, który nie posiada siedziby we Wrocławiu została wskazana nazwa i adres ewentualnego podwykonawcy na terenie miasta Wrocław. Jeśli nie będzie zawierał umowy z podwykonawcą konieczne jest wskazanie adresu siedziby/filii/ oddziału/ punktu we Wrocławiu. (...) Zamawiający nie przewidział żadnego innego miejsca na podanie adresu siedziby/filii/oddziału/punktu kontaktowego poza ofertą. Nie ma takiego miejsca w szczególności we wzorze umowy, natomiast na liście załączników do Umowy wymieniono wyłącznie: Załącznik nr 1. - zlecenie na zakup bilet Załącznik nr 2. - lista kasjerów Załącznik nr 3. - oferta Wykonawcy (...) Wykonawca Simply Travel wskazał w swojej ofercie tylko jeden adres Ul. M.M. 17, 31-870 Kraków - jak łatwo zauważyć nie jest to adres wrocławski. Mimo to w ofercie Simply Travel nie wskazano podwykonawcy ani zakresu w jakim miałyby się odbywać powierzenie podwykonawstwa innemu podmiotowi. (...) 29 maja 2023 r. Zamawiający wystosował do Wykonawcy Simply Travel wezwanie z art. 223 ust. 1 pzp w którego treści opisano stan faktyczny sprawy, a na końcu wskazano „Uniwersytet Wrocławski zwraca się do Państwa prośbą o wyjaśnienie treści złożonej oferty i o wskazanie adresu filii/ oddziału/ punktu we Wrocławiu.” Zdaniem Odwołującej konstrukcja zacytowanego zdania świadczy o tym, iż Zamawiający rozumiał, że „wskazanie adresu filii/oddziału/punktu” nie mieści się w zakresie „wyjaśnienia treści oferty” - Zamawiający wprost zażądał zmiany treści ofert poprzez wskazanie dodatkowego adresu we Wrocławiu już po upływie terminu składania ofert. (...) Wyjaśnieni Wykonawcy Simply Travel ograniczyły się do wskazania adresu biura we Wrocławiu. Nie przedstawiono faktycznie żadnych wyjaśnień, a jedynie uzupełniono treść oferty. (...) Zgodnie z art. 16 pkt 1 pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wykonawca Simply Travel nie podał adresu biura we Wrocławiu, pomimo wymagań wskazanych w Dokumentacji Zamówienia, a mimo to jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Należy wskazać, iż gdyby Zamawiający inaczej przygotował postępowanie i nie wymagał podania adresu biura na terenie Wrocławia na etapie złożenia oferty to mógłby w ten sposób dopuścić większą ilość podmiotów do udziału w Postępowaniu. Z kolei Odwołująca już na etapie składania oferty musiała zawrzeć umowę z podwykonawcą, co wymagało większych nakładów czasu i środków na przygotowanie i złożenie oferty niż wymagało przygotowanie oferty Simply Travel. Zdaniem Odwołującej w takich warunkach należy uznać, iż doszło do naruszenia art. 16 pkt 1 pzp poprzez preferencyjne traktowanie jednego z Wykonawców, tj. Wykonawcy Simply Travel. Zgodnie z art. 223 ust. 1 zd. 2 niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. W okolicznościach niniejszej sprawy należy uznać, iż treść ofert Simply Travel została zmieniona w sposób istotny. Tak jak już wskazano powyżej, gdyby Wykonawcy nie byli zobowiązani do podania adresu biura na terenie Wrocławia na etapie złożenia oferty to wykonaniem zamówienia mogłaby być zainteresowana większa liczba podmiotów. Ponadto fakt, iż wskazanie adresu stanowi treść oferty nie powinno budzić wątpliwości również z innych przyczyn: 1.

Celem podania adresu biura we Wrocławiu było wskazanie adresu, z którego będzie prowadzona obsługa Zamawiającego, a nie dowolnego adresu na terenie Wrocławia; 2. Zamawiający wezwał do wyjaśnień kwestii adresu i podwykonawstwa w trybie art. 223 ust. 1 pzp, a więc sam uznawał, iż jest to treść oferty. Taka czynność prawna nie może się ostać, gdyż wezwanie do zmiany lub uzupełnienia treści oferty pod pozorem wyjaśnień nie jest dopuszczalne na gruncie pzp. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 pzp należy odrzucić ofertę niezgodną z ustawą, a taką stanowi oferta zmieniona względem pierwotnej treści oferty. Jednocześnie pierwotna treść oferty jest niezgodna z treścią dokumentacji zamówienia, gdyż nie wskazano w niej wymaganych w pkt 2 OPZ danych, a więc podlega odrzuceniu również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp.

Pismem z dnia 1 sierpnia 2023 r. złożonym przed dniem posiedzenia przez Krajową Izbą Odwoławczą Zamawiający uwzględnił odwołanie.

Izba stwierdziła, iż w świetle powyższych oświadczeń zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie z art. 522 ust. 1 Ustawy.

Na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Ustawy, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Ustawy. Wobec stanowiska Zamawiającego Izba stwierdziła, że zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt. 3) w zw. z art. 522 ust. 1 Ustawy wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i nie zgłoszenia wykonawcy przystąpienia do postępowania po stronie Zamawiającego, w którym to przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepisy § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) 2437), Izba nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego

kwotę wpisu uiszczanego w pełnej wysokości.

Przewodniczący: