

POSTANOWIENIE
z dnia 20 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Członkowie: Beata Pakulska - Banach
Aleksandra Patyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 20 października 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 09 października 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm „**WhyNotTravel**” **Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kielnarowej** (Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn) oraz „**Why Not Fly**” **Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielnarowej** (Kielnarowa 108, 36-020 Tyczyn) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Ministerstwo Środowiska w Warszawie** (ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa)

przy udziale wykonawcy **Polskie Linie Lotnicze LOT Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** (ul. 17 stycznia 43, 02-146 Warszawa) zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umarza postępowanie odwoławcze;**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm „**WhyNotTravel**” **Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kielnarowej** oraz „**Why Not Fly**” **Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielnarowej**, uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Ministerstwo Środowiska z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Usługi rezerwacji, sprzedaży i sukcesywnej dostawy biletów lotniczych, kolejowych na zagraniczne i krajowe przewozy pasażerskie wraz z ubezpieczeniem, odprawą on-line i pośrednictwo wizowe.”*

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 lipca 2017 r. pod numerem 2017/S 139-285608. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, dalej jako „Ustawa”), a wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy.

W dniu 29 września 2017 r. Zamawiający za pośrednictwem poczty elektronicznej oraz tradycyjnej poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. Oprócz wybranego wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyli także wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm „WhyNotTravel” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kielnarowej oraz „Why Not Fly” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielnarowej (dalej jako „Odwołujący”).

W dniu 09 października 2017 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami prawa czynności Zamawiającego, tj. wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, w tym zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na podstawie pełnomocnictw z dnia 05 lipca 2017 r. („Why Not Fly” Sp. z o.o.) oraz z dnia 25 lipca 2017 r. („WhyNotTravel” Sp. z o.o. Sp. k.) udzielonych przez członków zarządu upoważnionych do reprezentacji zgodnie z przedłożonymi odpisami KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 06 października 2017 r. za pośrednictwem poczty e-mail.

Odwołujący zarzucił, iż na skutek czynności i zaniechań Zamawiającego doszło do naruszenia następujących przepisów Ustawy:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt (brak wskazania) Ustawy w związku z art. 36a ust. 1 Ustawy, gdyż wykonawca PLL LOT S.A. zakłada powierzenie wykonania nie części, a całości zamówienia podwykonawcy, co jest niezgodne z Ustawą;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, gdyż oferta wykonawcy PLL LOT S.A. została wyceniona niezgodnie z zapisami SIWZ;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy, gdyż oferta jest obciążona wadą rażąco niskiej ceny poprzez zaoferowanie ceny, która jest niższa niż koszty wykonania zamówienia;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy zawiera błąd w obliczaniu ceny poprzez nieuwzględnienie wszystkich składników ceny w zaoferowanej opłacie transakcyjnej;
- 5) art. 91 ust. 3 Ustawy poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy PLL LOT S.A., podczas gdy dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z uwagi na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty wykonawcy PLL LOT S.A. i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Kopia odwołania została przekazana wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu przez Zamawiającego w dniu 9 października 2017 r. pocztą tradycyjną i elektroniczną wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym w trybie art. 185 ust. 2 Ustawy.

W dniu 12 października 2017 r. (wpływ bezpośredni) wykonawca, którego oferta została wybrana w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejsza – firma Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (dalej: „Przystępujący”) i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 16 października 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła pisemna odpowiedź na odwołanie (wcześniej doręczona pocztą elektroniczną w dniu 10 października 2017 r.), w której Zamawiający oświadczył, iż postanowił przyjąć zarzuty Odwołującego i uznać je w całości oraz podniósł, że w wyniku wniesienia odwołania wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy PLL LOT S.A. unieważni czynność

wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż ponownie wezwie wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą o złożenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących zaproponowanych cen, tj. opłat transakcyjnych za wystawienie jednego biletu lotniczego, wystawienie jednego biletu kolejowego, pośredniczenie w procesie uzyskania wizy, odprawę on-line przy przewozach pasażerskich oraz podjęcie czynności badania ofert w zakresie dotyczącym części powierzonych do realizacji przez podwykonawcę.

Mając na względzie treść odpowiedzi na odwołanie wniesionej przez Zamawiającego Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 16 października 2017 r. wezwała Przystępującego na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (tj. Dz. U. z 2014 r., poz. 964 ze zm.) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego.

W dniu 19 października 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Przystępującego, w którym oświadczył on, iż nie wnosi sprzeciwu odnośnie uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Pismo zostało podpisane przez umocowanego w sprawie pełnomocnika.

Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zarówno odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, jak i pismo Przystępującego informujące o tym, że Przystępujący nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zostały złożone prawidłowo i podpisane przez osoby umocowane.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 186 ust. 3 Ustawy jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Oznacza to, że oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu

w całości zarzutów odwołania oraz okoliczność braku wniesienia sprzeciwu co do tej czynności przez uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie Zamawiającego wyczerpuje dyspozycję art. 186 ust. 3 Ustawy i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego.

Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości wszystkich zarzutów przedstawionych w odwołaniu, wskazując, iż postanowił przyjąć zarzuty Odwołującego i uznać je w całości. Z kolei z pisma Przystępującego z dnia 19 października 2017 r. wprost wynika, iż zrezygnował on z przysługującego mu uprawnienia do wniesienia sprzeciwu odnośnie uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów zawartych w odwołaniu w całości.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci możliwości umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Skuteczne skorzystanie przez Zamawiającego z przysługującej mu tzw. czynności dyspozytywnej (uwzględnienia w całości zarzutów odwołania), w sytuacji gdy uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego (por. postanowienie KIO z dnia 2 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2686/13). Podkreślić jednak należy, iż zgodnie z dyspozycją art. 186 ust. 3 *in fine* Ustawy ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 186 ust. 3 Ustawy umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 192 ust. 1 zd. 2 Ustawy.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uznała, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b) Ustawy koszty te znoszą się wzajemnie. Jednocześnie Izba nakazała dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust.

1 pkt 1 lit. a) 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. 2010 Nr 41 poz. 238 ze zm.). W myśl tego przepisu w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości przed otwarciem rozprawy – Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....