

Kraków, 11 stycznia 2021 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

**Zamawiający: 11 Wojskowy Oddział
Gospodarczy w Bydgoszczy**

ul. Gdańska 147, 85-915 Bydgoszcz

nr tel. 261-411-361, nr fax 261-411-313

11wog.szpub@ron.mil.pl

Odwołujący: Konsorcjum

**WhyNotTravel Spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością spółka
komandytowa z siedzibą w Kielnarowej**

KRS 0000459238

oraz

Blue Sky Travel sp. z o.o. Z siedzibą w
Poznaniu

KRS 0000054368

Adres do korespondencji Konsorcjum

Kielnarowa 108A, 36-020 Tyczyn

zamowienia.publiczne@whynottravel.pl

+48 12 655 16 14

Reprezentowany przez r. pr. Karola Pieróga

Lubelska 14/10, 30-003 Kraków

biuro@karolpierog.pl

691774559

ODWOŁANIE

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nazwą "REZERWACJA, SPRZEDAŻ I SUKCESYWNA DOSTAWA BILETÓW PODRÓŻNYCH", SPRAWA NR 49/ZP/U/FIN/2020 ("Postępowanie")

Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2020/S 217-531799

Działając na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.), dalej zwana "nowe pzp" w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020), dalej zwana "ustawą wprowadzającą" składam odwołanie od:

Niegodnej z prawem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;
Niegodnej z prawem czynności zaniechania udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Top Podróże sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie ("Top Podróże").

Zamawiającemu zarzucam, iż podejmując ww. czynności naruszył przepisy:

- I. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej zwana "pzp" oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp w związku z art. 90 ust. 3 pzp z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie odrzucił oferty Wykonawcy Top Podróże, mimo iż był do tego zobowiązany
- II. Art. 96 ust. 3 pzp w związku z art. 8 ust. 1 pzp oraz art. 8 ust. 3 pzp z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu ani wyjaśnień ceny Wykonawcy Top Podróże, ani uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, które świadczyłyby o fakcie, iż wyjaśnienia ceny Wykonawcy Top Podróże stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wnoszę do Izby o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Przekazania dokumentów Wykonawcy Top Podróże, które nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującemu;
3. Odrzucenia oferty Wykonawcy Top Podróże;
4. Przeprowadzenia badania i oceny oferty bez uwzględniania oferty Wykonawcy Top Podróże.

Wnoszę również o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka, Pani Ewy Izabeli Łukasiewicz, prokurentki Wykonawcy Top Podróże na adres Pl. Zwycięstwa

1, 70-233 Szczecin na fakt, iż Wykonawca Top Podróże nie posiada stałych umów handlowych zawartych z liniami lotniczymi, które gwarantują prowizje od niemal każdego biletu oraz na fakt, iż umowa z systemem GDS zawarta przez Wykonawcę Top Podróże nie gwarantuje stałego poziomu zysku, zakładanego w wyjaśnieniach ceny Wykonawcy Top Podróże oraz na faktyczną ilość segmentów na bilecie linii lotniczych.

UZASADNIENIE

Przesłanki formalne:

Odwołujący złożył ważną ofertę w Postępowaniu, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Na skutek podjętych przez Zamawiającego niezgodnie z prawem czynności, w szczególności nieuzasadnionego zaniechania odrzucenia oferty Top Podróże, oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów pzp Odwołujący może ponieść szkodę, poprzez niezyskanie zamówienia, które zgodnie z przepisami powinno zostać udzielone właśnie Odwołującemu. W ten sposób Odwołujący nie uzyska korzyści płynących z realizacji zamówienia. Powyższe dowodzi, iż złożenie niniejszego Odwołania czyni zadość wymaganiom postawionym w art. 505 ust. 1 nowego pzp gdyż Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący otrzymał 31/12/2020 r., a więc zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) nowego pzp termin na wniesienie odwołania w tej sprawie upływa 11/01/2021 r.

Kopia Odwołania została przekazana Zamawiającemu w terminie, a wpis od odwołania został uiszczony.

ZAPISY SIWZ ISTOTNE DLA SPRAWY

Część XIV ust. 1 SIWZ

Kryteria wyboru ofert.

CENA OPŁATY TRANSAKCYJNEJ („Cot”) - 30 %

UPUST WŁASNY WYKONAWCY – 30 %

NAJTAŃSZA CENA PRZELOTU NA PODANEJ TRASIE Z ZACHOWANIEM WYZNACZONYCH PARAMETRÓW – 40%

(...)

UPUST WŁASNY WYKONAWCY- jest to upust od wykonanej usługi, udzielony we własnym imieniu oraz udokumentowany na własnej fakturze, a nie jako upust od ceny biletu przewoźnika

(...)

UWAGA: W celu potwierdzenia oferowanych cen na ww. połączenia, Wykonawca zobowiązany jest do łączyć do oferty odpowiedni dokument:

- w przypadku standardowych przewoźników: potwierdzenie rezerwacji wygenerowane z dostępnego systemu rezerwacji, zawierające dane zgodne z podanymi w kryteriach oraz cenę biletu wraz z opłatami,

- w przypadku tzw. „taniach linii lotniczych”: zrzut z ekranu, z zastrzeżeniem, że ww. dokumenty będą z dnia nie wcześniejszego niż dzień ogłoszenia postępowania, ale nie późniejszego niż dzień złożenia ofert.

Załącznik nr 8 do SIWZ kolumna 1, wiersz 1, 2 i 3 zawierają następujące wymagania: jedna osoba dorosła, klasa ekonomiczna, dopuszczalna jedna przesiadka (maksymalny czas oczekiwania do 5 godzin), bagaż podręczny wraz z bagażem nadanym do 20 kg. Wykonawca przy wyborze opcji nie będzie brał pod uwagę połączeń oferowanych przez tzw. „tanie linie lotnicze”

Wykonawca podnosi, iż z potwierdzenia rezerwacji powinno wynikać, iż przelot jest na trasie oczekiwanej przez Zamawiającego, w klasie ekonomicznej, obejmuje nie więcej niż 1 przesiadkę z czasem oczekiwania do 5 godzin, a pasażer - osoba dorosła, może na pokład zabrać bagaż podręczny oraz nadać bagaż “do luku” o wadze 20 kg.

STAN FAKTYCZNY

Wykonawca Top Podróże złożył ofertę, w które zaproponował:

Opłatę transakcyjną w wysokości 0,01 zł

Upust własny Wykonawcy na poziomie 1,65%.

Powyższe oznacza, iż za wykonanie zakupu jednej usługi turystycznej (biletu lotniczego) Wykonawca Top Podróże otrzyma 0,01 zł, a będzie zobowiązany udzielić Zamawiającemu upustu w wysokości 1,65% wartości usług turystycznej.

Dowód: Informacja z otwarcia ofert (w aktach Postępowania)

Do oferty Wykonawca Top Podróże załączył potwierdzenia rezerwacji wygenerowane z dostępnego systemu rezerwacji, które zawierają: cenę, trasę wskazaną przez Zamawiającego, obejmują nie więcej niż 1 przesiadkę z czasem oczekiwania do 5h. Natomiast nie można z nich wyczytać informacji, co do faktu, czy są to bilety dla osoby dorosłej oraz czy i jaki bagaż pasażer może zabrać na pokład oraz nadać "do luku".

Dowód: Rezerwacja 08 lutego dla MRS JOANNA ZAGORSKA (w aktach Postępowania)

Dowód: Rezerwacja 18 stycznia dla MRS JOANNA ZAGORSKA (w aktach Postępowania)

Dowód: Rezerwacja 22 lutego dla MRS JOANNA ZAGORSKA (w aktach Postępowania)

Zamawiający nie wyjaśniał dokumentów przedmiotowych złożonych wraz z ofertą Wykonawcy Top Podróże. Wyjaśniał natomiast cenę oferty Wykonawcy Top Podróże - wezwanie w tym zakresie zostało skierowane 10/12/2020 r.

Dowód: Wezwanie do wyjaśnień treści oferty z 10.12.2020 r. (w aktach Postępowania)

Dowód: Protokół Postępowania (w aktach Postępowania)

Wyjaśnienia ceny Wykonawcy Top Podróże nie zostały udostępnione Odwołującemu. Odwołującemu nie udostępniono również dokumentu, o którym mowa w art. 8 ust. 3 pzp, tj. uzasadnienia objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa.

Dowód: Fakt niesporny, ewentualnie załączniki do protokołu w zakresie wglądu do ofert (w aktach Postępowania)

Mimo zaniechania udostępnienia wyjaśnień Wykonawcy Top Podróże, Odwołujący ma pełną świadomość, iż Wykonawca Top Podróże nie dysponuje odpowiednim potencjałem do wykonania zamówienia za cenę opłaty transakcyjne 0,01 zł przy upuście własnym Wykonawcy na poziomie 1,65%.

Aby stworzyć pozory, iż Wykonawca Top Podróże dysponuje odpowiednim potencjałem do wykonania niniejszego zamówienia w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wykonano następujące zabiegi:

Nie uwzględniono wszystkich kosztów, w tym m.in. kosztów biura, oraz udzielonego upustu.

Dowód: Wyjaśnienia ceny Wykonawcy Top Podróże (w aktach Postępowania)

Zaniżono lub nie przedstawiono w ogóle kosztów pracy. W szczególności kwestię tę albo w ogóle pominięto, albo zaniżono ilość czasu, który pracownicy muszą poświęcać na obsługę Zamawiającego - w wyjaśnieniach nie wskazano żadnych dowodów na ilość pracy potrzebną do wykonania jednej usługi na rzecz Zamawiającego.

Dowód: Wyjaśnienia ceny Wykonawcy Top Podróże (w aktach Postępowania)

Założono zbyt wysokie wpływy, w szczególności w zakresie prowizji od linii lotniczych oraz systemów GDS. Wykonawca Top Podróże nie dysponuje aktualną stałą umową prowizyjną z liniami lotniczymi. W odniesieniu do systemu GDS (Amadeus) Wykonawca Top Podróże podaje zawyżoną wartość prowizji, która otrzymuje. W szczególności, Odwołujący podnosi, iż Wykonawca Top Podróże wskazał prowizję za segment przekraczającą 2 EUR podczas gdy pierwsze 5.000 rezerwacji kwalifikowanych wiąże się z o wiele niższą prowizją, w wysokości 1,6 EUR za segment. Jednocześnie Wykonawca Top Podróże zawyżył ilość segmentów na każdy lot.

Dowód: Wyjaśnienia ceny Wykonawcy Top Podróże (w aktach Postępowania)

Dowód: Zeznania świadka Ewy Izabeli Łukasiewicz

Nie przedstawiono umów wszystkich osób skierowanych do realizacji zamówienia, a wyłącznie arbitralnie wybranych pracowników otrzymujących stosunkowo niskie

wynagrodzenie. Zgodnie z dokumentami podmiotowymi Wykonawcy Top Podróże do realizacji zamówienia skierowano dwóch kasjerów, odpowiednio z 12 letnim oraz 20 letnim stażem. Osoby o takiej pozycji rynkowej nie mają poborów zbliżonych do wynagrodzenia minimalnego, zwłaszcza w dużym mieście, jakim jest szczecin.

Dowód: Wyjaśnienia ceny Wykonawcy Top Podróże (w aktach Postępowania)

Dowód: Wykaz osób wykonujących zamówienie Wykonawcy Top Podróże (w aktach Postępowania)

Subsumpcja uwagi wstępne

Na podstawie art. Art. 90. ust. 1 ustawy wprowadzającej do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Postępowanie zostało wszczęte 3/11/2020 r. i nie zakończyło się do dnia złożenia niniejszego odwołania, a więc stosuje się do niego przepisy pzp.

Subsumpcja zarzut I

Na podstawie normy wynikającej z art. 90 ust. 3 pzp oferta wykonawcy podlega odrzuceniu nie tylko gdy zawiera rażąco niską cenę ale również gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie (i) nie złożył wyjaśnień lub (ii) złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Przy czym zarówno pierwszą, jak i drugą przesłankę należy rozpatrywać w kontekście art. 90 ust. 2 pzp. Innymi słowy ciężar dowodu co do braku rażąco niskiej ceny zarówno przed Zamawiającym, jak i przed Krajową Izbą Odwoławczą leży na Wykonawcy, którego oferta została zbadana w zakresie rażąco niskiej ceny (odpowiednio art. 90 ust. 2 pzp, art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp). Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Top Podróże odczytywane prawidłowo, tj. w stosunku do wymagań Zamawiającego, są wadliwe. Potwierdzają fakt istnienia rażąco niskiej ceny, a przynajmniej nie można uznać, iż czynią zadość wymaganiu postawionemu przed każdym wykonawcą na podstawie art. 90 ust. 2 pzp. W przedstawionych wyjaśnieniach nie uwzględniono kosztów realizacji zamówienia, mimo wyraźnego żądania Zamawiającego w tym zakresie, a przychód zawyżono poprzez: a) Podanie zbyt wysokiej „standardowej” ilości segmentów na lot; b) Zawyżenie kwot otrzymywanych prowizji od systemów GDS i linii lotniczych.

Wykonawca Top Podróże nie wypełnił ciążącego na nim obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 2 ustawy pzp i nie wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jednocześnie złożenie niepełnych, pozbawionych kalkulacji zysku oraz

niewuwzględniających kosztów oraz nierzetelnych, obarczonych licznymi błędami wyjaśnień zdaniem Odwołującego nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty takiego Wykonawcy zgodnie z normami z art. 90 ust. 3 pzp.

Zdaniem Odwołującego oferta Top Podróże podlega odrzuceniu także na podstawie art. 89 ust. 2 pzp, gdyż dokumenty przedmiotowe, stanowiące o treści oferty i złożone w celu oceny oferty Wykonawcy Top Podróże w kryteriach oceny ofert, nie odpowiadają treści SIWZ do tego stopnia, iż nie jest możliwa ocena prawidłowości oferty Wykonawcy Top Podróże. W sytuacji, w której nie jest możliwe odczytanie pełnej treści oferty w zakresie wymaganym w SIWZ należy ofertę odrzucić, jako z tą SIWZ niezgodną. Z ostrożności należy wskazać, iż dokumenty przedmiotowe, służące ocenie oferty wykonawcy w kryteriach oceny ofert nie podlegają uzupełnieniu.

Subsumpcja zarzut II

Zgodnie z art. 96 ust. 3 pzp protokół postępowania jest jawny, tak jak całe postępowanie - to wynika z art. 8 ust. 1 pzp. Zamawiający może odmówić udostępnienia dokumentów Wykonawcy jedynie w przypadkach enumeratywnie wyliczonych w pzp. Zgodnie z art. 8 ust. 3 pzp nie udostępnia się informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy wtedy, gdy dany wykonawca skutecznie dokona zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W celu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa należy:

- Odpowiednio je oznaczyć;
- Przedstawić stosowne wyjaśnienia dlaczego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołującemu nie udostępniono ani wyjaśnień ceny Wykonawcy Top Podróże, ani odpowiedniego uzasadnienia, iż wyjaśnienia ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Stanowi to naruszenie ww. przepisów, gdyż przynajmniej jeden z tych dokumentów nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie, jeżeli Wykonawca Top Podróże przedstawił jedynie zdawkowe wyjaśnienia, o których mowa w art. 8 ust. 3 pzp, to należało Odwołującemu przekazać zarówno wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i wyjaśnienia ceny. Ta okoliczność będzie możliwa do zweryfikowania dopiero po udostępnieniu Odwołującemu wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, który to dokument na pewno nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy Top Podróże.