

WYROK
z dnia 7 czerwca 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2011 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2011 roku przez wykonawcę Agnieszkę Gałkiewicz prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Gandalf Travel Agnieszka Gałkiewicz z siedzibą w Rzgowie przy ulicy Tuszyńskiej 69, 95-030 Rzgów w postępowaniu prowadzonym przez Poczta Polska z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rakowieckiej 26, 00-940 Warszawa

przy udziale wykonawcy Biuro Turystyki Jaworzyna Tour z siedzibą w Krakowie przy ulicy Rynek Podgórski 7, 30-518 Kraków zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny oferty wykonawcy Biuro Turystyki Jaworzyna Tour z siedzibą w Krakowie przy ulicy Rynek Podgórski 7, 30-518 Kraków i przyznanie jednego punktu w kryterium warunków socjalno bytowych w zakresie położenia obiektu wypoczynku od plaży.

2. Kosztami postępowania obciąża Poczta Polska z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rakowieckiej 26, 00-940 Warszawa i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Agnieszkę Gałkiewicz prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Gandalf Travel Agnieszka Gałkiewicz z siedzibą w Rzgowie przy ulicy Tuszyńskiej 69, 95-030 Rzgów tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2 zasądza od Poczty Polska z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rakowieckiej 26, 00-940 Warszawa na rzecz Agnieszki Gałkiewicz prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Gandalf Travel Agnieszka Gałkiewicz z siedzibą w Rzgowie przy ulicy Tuszyńskiej 69, 95-030 Rzgów **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wniesionego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający przez Poczta Polska z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rakowieckiej 26, 00-940 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „*Zorganizowanie wypoczynku letniego dla dzieci i młodzieży*”, opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 21 kwietnia 2011 roku pod numerem 2011/S 78-128436.

16 maja 2011 roku Zamawiający przekazał informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując Odwołującego, że wybrał do realizacji zamówienia w część III ofertę wykonawcy BT Jaworzyna Tour Kaczmarczyk, Wilk Sp.j.

24 maja 2011 roku Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wskazując, że Zamawiający naruszył:

- przepis art 91 ust 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa) przez wybranie oferty nie najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- przepis art. 7 ust 1 i 2 ustawy przez naruszenie zasady dotyczącej przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i wykonanie czynności związanych z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zamawiający podniósł, że kryteriami oceny ofert były zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia VIII, pkt I , część 3:

- a) Cena brutto 1 skierowania : 40%,
- b) Warunki socjalno bytowe : 30%,
- c) Zakres programu : 20%,
- d) Atrakcyjność profilu kolonii: 10 %

Ponadto zgodnie z VIII pkt 2 ust 2 SIWZ Zamawiający określił: *Wybór oferty: Przetarg wygra ten wykonawca , który :*

2.1. spełni wymagania określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz p.z.p
2.1.przedłoży ofertę, która zawiera najniższą cenę brutto spośród badanych ofert i uzyska największą ilość punktów spośród badanych ofert.

W świetle SIWZ warunkiem koniecznym wyboru oferty było więc równoczesne zaproponowanie najniższej ceny za realizację zamówienia, jak i uzyskanie najwyższej ilości punktów za sprecyzowane przez Zamawiającego pozostałe kryteria. Wybrana przez Zamawiającego została oferta BT Jaworzyna Tour Kaczmarczyk, Wilk Sp. j. mimo, że miała jedną z najwyższych zaproponowanych cen – 1950,00 zł/os (390.000 zł za całość części III zamówienia), podczas gdy oferta Odwołującego z najniższą ceną wyniosła 1649,00 zł/os (329.800 zł za całość części 3 zamówienia).

W ocenie Odwołującego do zakwestionowania jest również punktacja przyznana BT Jaworzyna Tour Kaczmarczyk, Wilk Sp. j., który to wykonawca uzyskał według oceny Zamawiającego:

- 34 punkty za cenę,
- 30 punktów za warunki socjalno - bytowe,
- 20 punktów za zakres programu
- 10 punktów za atrakcyjność profilu kolonii co łącznie wyniosło 94 punkty.

Odwołujący kwestionuje przyznanie firmie BT Jaworzyna Tour Kaczmarczyk, Wilk Sp. j. maksymalnej ilości punktów za warunki socjalno-bytowe, których ocena była jasno sprecyzowana przez Zamawiającego w SIWZ i zgodnie z pkt b polegała między innymi na przyznaniu : *5 punktów za położenie obiektu do 300 m od plaży lub przyznaniu 1 punktu jeżeli obiekt położony jest powyżej 300 m od plaży.*

Odwołujący wyjaśnia, że zaoferowany przez firmę BT Jaworzyna Tour Kaczmarczyk, Wilk Sp. j. hotel Samba w Lloret de Mar ulokowany jest według wszelkich niezależnych źródeł informacji w odległości minimum 600 m do plaży. Najkrótszy dojazd z hotelu do plaży to powyżej 800 m (źródło: map24.pl). Natomiast najkrótsza Trasa piesza w linii prostej, to 550 m do nadmorskiej promenady + dojście na samą plażę 50 m = 600 m (źródło : Google maps). Odwołujący wskazuje, że wykonawca BT Jaworzyna Tour Kaczmarczyk, Wilk Sp. j. potwierdził sam, że odległość od plaży przekracza znacznie 300 m, umieszczając na swojej witrynie internetowej informację : *Hotel Samba*** położony ok. 700 m od centrum Lloret de Mar i ok. 500 m od plaży* (źródło : <http://www.iaworzyna.com.pl/offer/182>). Również w drukowanej wersji katalogu biura na stronie 12 zamieszczona jest informacja, że odległość od plaży to około 500 m. Także na wielu stronach hiszpańsko i anglojęzycznych podawana

jest zawsze odległość hotelu Samba *** powyżej 500 m od plaży (źródło: <http://www.rumbo.es/hotel/espana/qirona/lloret-de-mar/hotel-samba.html>). Polski portal podaje że od hotelu Samba do samego zejścia na najbliższą plażę Fenals jest ponad 700 m, a do plaży miejskiej w Lloret ponad 900 m (*Plaža i wybrzeże 706 m Platja de Fenals, 912 Platja de Lloret*). W świetle powyższego, niewątpliwy jest w ocenie Odwołującego fakt, że hotel Samba *** jest położony w odległości znacznie większej aniżeli 300 m od plaży i BT Jaworzyna Tour Kaczmarczyk, Wilk Sp. j. powinno otrzymać za to kryterium 1 punkt zamiast 5, co zmniejszyłoby łączną liczbę przyznanych temu Oferentowi punktów z 94 do 90 i spowodowałoby, że oferta Odwołującego otrzymawszy najwięcej punktów ze wszystkich wykonawców (92 punkty: 40 punktów za cenę, 27 punktów za warunki socjalno- bytowe, 20 punktów za zakres programu i 5 punktów za atrakcyjność profilu kolonii) i jednocześnie proponując za realizację zamówienia najniższą cenę, powinno być wybrane do realizacji zadania (zgodnie z art. 91 pkt 1 i pkt.4).

Mimo, że zdaniem Odwołującego wyżej opisane naruszenia w ocenie warunków socjalno- bytowych, jak i w nieuwzględnieniu parametru najniższej ceny, jako decydującej o wyborze wykonawcy jest wystarczające do wykazania naruszenia art.91 ust.1 ustawy, Odwołujący zwrócić uwagę na ostatnie kryterium oceny ofert, którego ocena przez Zamawiającego świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców i niezachowaniu przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz bezstronności i obiektywizmu, co narusza przepis art. 7 ust 1 i 2 ustawy. Punkty w ostatnim kryterium - profil obozu : program dydaktyczno wychowawczy i dodatkowe atrakcje - miały być zgodnie z SIWZ przyznawane na podstawie ocen indywidualnych członków komisji. W tym kryterium oferta Odwołującego otrzymała zaledwie 5 punktów, podczas gdy BT Jaworzyna Tour Kaczmarczyk, Wilk Sp. j. uzyskała maksymalną ilość 10 punktów. Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że cena ma zawierać spośród imprez autokarowych wyłącznie wycieczkę do Barcelony, a reszta wycieczek ma mieć charakter fakultatywny i dodatkowo płatny. Zrezygnowaliśmy więc z profilu typowo krajoznawczego. W miejscowości poza hotelami i centrami rozrywki nie wszystko można zaproponować (inaczej niż np. w Chorwacji, gdzie jest dużo atrakcji przyrodniczych, organizujemy dla młodzieży spływy kajakowe, trekkingi po Parku Narodowym, rafting na rzece). Możliwy profil sportowy w Loret de Mar ograniczyłby się więc do gry w siatkówkę, co oczywiście zostało umieszczone w programie, jako jedna z wielu form spędzania czasu, ale co wydawało nam się zbyt mało, aby uczynić z tego sportowy profil obozu. Odwołujący postanowił ostatecznie nazwać profil obozu: SUN&DANCE i dać Uczestnikom to, na co niewątpliwie wybierając rozrywkowe Loret de Mar liczyli - karnet na 3 największe dyskoteki, do których chcąc wejść musieliby zapłacić około 30 euro/os, odwołujący liczył, że oceniający

oferty w tym parametrze przedstawiciele Zamawiającego zauważą ten hojny prezent. Odwołujący umieściliśmy oczywiście w programie ramowym tradycyjne dla obozów: rozgrywki sportowe, zawody pływackie, konkursy z nagrodami rzeczowymi, kalambury, quizy. Notę za atrakcyjność obozu dostaliśmy jednak od Zamawiającego bardzo słabą. Odwołujący zdawał sobie sprawę, że to ostatnie kryterium jest bardzo ocenne i preferencje członków komisji mogą skłaniać się ku rodzimemu biurze z Krakowa, ale przyznanie dwukrotnie wyższej punktacji BT Jaworzyna Tour Kaczmarczyk, Wilk Sp. j. zaskoczyło Odwołującego. Zdaniem Odwołującego taka dysproporcja w ocenie tego kryterium podyktowana była tym, że przyznając nam najwięcej punktów w obiektywnych kryteriach, komisja przyznała Odwołującemu za atrakcyjność obozu tyle dokładnie punktów, żeby móc wybrać dużo droższą ofertę BT Jaworzyna Tour Kaczmarczyk, Wilk Sp. j.

Na prośbę odwołującego przesłany został mu program BT Jaworzyna Tour Kaczmarczyk, Wilk Sp. j. Program na obóz młodzieżowy w Hiszpanii dla młodzieży w wieku lat 15-19 (wiek uczestników powinien tu odgrywać istotną rolę), wyciąg z oferty BT Jaworzyna Tour Kaczmarczyk, Wilk Sp. j. :

- „najpiękniejsze wspomnienia z wakacji - uczestnicy otrzymują zadanie napisać w dowolnej formie literackiej relację z wypoczynku do Rodziców, do Działu Socjalnego Poczty Polskiej, do organizatora BT Jaworzyna Tour, w którym opiszą, co zobaczyli, jak się bawią i co robią na obozie(...) Najciekawsze prace uczestników zostaną włożone do kopert, zaadresowane, przypieczętowane okazjonalną pieczęcią: „Poczta Polska z Jaworzyną w Hiszpanii” oraz wysłane do Działu Socjalnego Poczty Polskiej”,
- „uczestnicy mają za zadanie opracować i wykonać strój, fryzurę i makijaż pracownika Poczty Polskiej w 3001 roku” - w zamian za to otrzymują tytuł „Najlepszego pocztowca XXI wieku”,
- „uczestnicy zostają podzieleni na grupy (...) następnie pojawiają się - prowadzący i trzech kłamców: „Koperta”, „Paczka” oraz „Listonosz” (tj. wychowawcy przebrani za te postaci). Prowadzący zadaje pytania. Na każde pytanie są udzielone trzy różne odpowiedzi przez kłamców. Słuchając odpowiedzi każda grupa musi wybrać tę, która według nich jest prawidłowa. Wybraną odpowiedź obstawiają cukierkami. Jeżeli obstawili dobrze, zyskują drugie tyle, jeśli wybrana odpowiedź była zła - tracą słodycze (...) Cukierków nie wolno jeść w trakcie trwania zabawy, gdyż stanowią one punkty. Pytania są związane z Poczta Polska (...).

W programie BT Jaworzyna Tour Kaczmarczyk, Wilk Sp. j. znalazła się, jak u wszystkich wykonawców wycieczka do Barcelony, wycieczka piesza po Loret de Mar, karaoke, zajęcia

sportowe, konkursy. BT Jaworzyna Tour Kaczmarczyk, Wilk Sp. j. jednak poza mnóstwem zdjęć i opisów szczegółowych poszczególnych czynności wykonywanych przez młodzież, nie zaproponowało żadnego wartościowego profilu, który uzasadniałby najwyższą punktację, aż dwukrotnie wyższą od naszej. Zdając sobie chyba sprawę, że młodzieży w większości z klas przedmaturalnych i maturalnych nie będzie interesować przebieranie się za kopertę lub znaczek pocztowy, zaś na samym końcu oferty, biuro podało cenę 15 euro/1 wstęp na dyskotekę, którą mieli uiścić uczestnicy na miejscu obozu, co tylko potwierdza wartość przyznanego przez nas programowego prezentu - 3 wstępów do największych centrów rozrywkowych dla młodzieży.

Odwołujący wskazuje, że należy się zastanowić czy profil „Pocztowy”, bo tak należy chyba nazwać zaproponowane przez BT Jaworzyna Tour Kaczmarczyk, Wilk Sp. j. atrakcje, jest rzeczywiście najatrakcyjniejszy dla przeciętnej osoby w młodym wieku 15-19 lat, mającej uczestniczyć w obozie zagranicznym? Odwołujący postawił pytanie czy na pewno większość z tych młodych osób wiąże swój rozwój emocjonalny, zainteresowania i dalszą edukację wyłącznie z Pocztą Polską? Zdaniem Odwołującego, czynności oceny profilu obozu dokonały osoby nie zapewniające bezstronności i obiektywizmu, tym samym Zamawiający naruszył również art.7 ust 2 ustawy.

W związku z naruszeniem powołanych przepisów ustawy i nie wybraniem oferty Odwołującego, mimo zaproponowanych najkorzystniejszych warunków cenowych oraz uzyskaniu przez Odwołującego najwyższej ilości punktów, ponieśliśmy oczywistą i wymierną szkodę majątkową w postaci utraty wpłaconej za hotel zaliczki oraz utracenia możliwości podpisania umowy i osiągnięcia w jej efekcie oczekiwanego wynagrodzenia. Po otrzymaniu informacji z protokołu otwarcia ofert o wysokości cen Oferentów, znając zaproponowane przez siebie warunki socjalno - bytowe, byliśmy niemal pewni realizacji zamówienia. Zapłaciliśmy ponad 30.000 euro zaliczki za miejsca noclegowe w hotelu, zarezerwowaliśmy również autokary na wskazane terminy odmawiając przyjęcia innych zleceń .

Wnosimy o uchylenie postanowienia o wyborze oferty w niniejszym postępowaniu oraz dokonanie czynności ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w części III zamówienia którą, w świetle kryterium najniższej ceny i najwyższej punktacji, (mimo nawet niesłusznie niskiej oceny profilu obozu) jest oferta Odwołującego.

Wobec zupełnej ignorancji naszych zastrzeżeń na etapie analizowania poszczególnych ofert, wnosimy również o zastosowanie kary finansowej wobec Zamawiającego za szczególny poziom stronniczości w wyborze oferty, brak najmniejszej nawet dbałości o sprawdzenie warunków socjalno - bytowych wybranej przez siebie oferty, mimo ogólnie dostępnych i

wskazanych przez Odwołującego do tego celu narzędzi (katalogi, mapy internetowe, witryny turystyczne). Odwołujący podkreślił, że w rozmowie telefonicznej z Zamawiającym w piątek 13 maja 2011 roku (uzyskując informację w dziale socjalnym, że najprawdopodobniej nie będzie wybrany do realizacji przedmiotowego zamówienia) wniósł o weryfikację przed przesłaniem oficjalnych wyników przetargu odległości wybranego hotelu do morza i dostępnego na terenie hotelu boiska do piłki siatkowej w ofercie BT Jaworzyna Tour Kaczmarczyk, Wilk Sp. j., Zamawiający poinformował Odwołującego, że nie ma takiego obowiązku a Odwołujący może złożyć odwołanie.

24 maja 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Biuro Turystyki Jaworzyna Tour z siedzibą w Krakowie przy ulicy Rynek Podgórski 7, 30-518 Kraków.

Zgłaszający przystąpienie w następujący sposób argumentował swoje stanowisko: w ocenie zgłaszającego przystąpienie nieprawdą jest, że warunkiem koniecznym do wyboru wykonawcy było zaproponowanie, najniższej ceny za realizację zamówienia, gdyż zgodnie z kryteriami oceny ofert (VIII pkt I część 3) cena skierowania stanowiła 40% w skali oceny. Gdyby cena była najważniejszym dla Zamawiającego kryterium oferty - stanowiłaby np. 80 - 100% ceny. Zgłaszający przystąpienie zaznaczył, iż zaoferowana przez niego cena nie odbiegała od podanych cen przez pozostałych trzech wykonawców (różnica od 60-90 zł w cenie). Cena została skalkulowana rzetelnie i z uwzględnieniem wszystkich elementów wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nasza cena gwarantuje wysoką jakość wykonania usługi, która ma być wykonana na terenie Hiszpanii znanej z tego, że ceny pobytu w dobrych hotelach w tym kraju są wyższe od podobnych w innych krajach Europy. Z obserwacji zgłaszający przystąpienie wie, że niska cena usługi rzadko gwarantuje wysoką jakość, a ponieważ klientami są dzieci i młodzież - tym bardziej należy zwrócić uwagę na gwarancję tejże jakości. Dotyczy to warunków hotelu, wyżywienia, transportu i pracy wysokokwalifikowanej kadry pedagogicznej, zapewnienie pilota, kierownika, ratownika oraz programu.

Prawdą jest, że na stronie internetowej zgłaszającego przystąpienie - www.jaworzyna.com.pl - jak i w katalogach odległość pomiędzy hotelem a plażą podawana jest jako 500 m. Są to nośniki reklamy skierowane do klientów indywidualnych, którzy w większości korzystają z ochrony prawa konsumenckiego. Aby uniknąć kłopotliwych dla nas ewentualnych reklamacji, zazwyczaj zawyżamy faktyczną odległość hotelu od plaży. Podana odległość do plaży w Fenals do 300 m jest wiarygodna, gdyż nasze grupy korzystały z tej plaży w ostatnich latach a dodatkowo przy sporządzaniu oferty skorzystaliśmy z wiadomości

zapisanych na stronach np. biura Adriatyk, który podaje odległość hotelu Samba od tej plaży 200 m oraz forum internetowego klientów www.holidaycheck.pl/detail, gdzie w opiniach hotelu Samba czytamy: „Hotel położony blisko morza (około 300 m)”. Dodatkowo dysponujemy oświadczeniem Hotelu Samba o odległości do najbliższej plaży do 300m.

Zgłaszający przystąpienie oświadczył, iż hotel Samba posiada boisko do piłki siatkowej, co zostało zagwarantowane zgłaszającemu przystąpienie w podpisanej z hotelem Samba umowie, jak również zostało potwierdzone w przesłanym na prośbę zgłaszającego przystąpienie oświadczeniu hotelu o posiadaniu w/w boiska na terenie hotelu Samba.

Biuro Turystyki Jaworzyna Tour zaproponowało ciekawy, interaktywny i wymagający dużych nakładów w przygotowaniu przez kadrę pedagogiczną program, gdzie jak sama nazwa wskazywała w specyfikacji miał być programem dydaktyczno-wychowawczym, w którym należało uwzględnić organizację imprez sportowo- rekreacyjno- turystycznych i kulturalno - oświatowych, stąd: gry, zabawy, gry terenowe, wywiady, konkursy plastyczne dotyczące Hiszpanii, czy Poczty Polskiej. Ze względu na konieczność wynikającą ze specyfikacji - wskazanie profilu obozu wybraliśmy profil z elementami dotyczącymi historii i funkcjonowania Poczty Polskiej jako fundatora wypoczynku dla młodych klientów.

Odwołujący twierdzi, że jego program a konkretnie trzy wejścia na największe dyskoteki w Lloret de Mar stanowią bardziej wartościowy program dydaktyczno-wychowawczy, nie wspominając o tym, że część grupy z tego „hojnego prezentu" może nie skorzystać ze względu na wiek uczestników. Przypominamy, że wejście na dyskoteki w Lloret de Mar jest możliwe po ukończeniu 16-ego roku życia (w specyfikacji wyraźnie podany jest wiek uczestników, tj. 15-19 lat). W związku z powyższym dzieci, które nie ukończyły 16-ego roku życia nie mają programu. Biuro Turystyki Jaworzyna Tour proponuje dyskoteki i animacje w Hotelu Samba bez ograniczenia wieku, co uznaliśmy poza autorskim programem za wystarczające i bardziej atrakcyjne. Zgłaszający przystąpienie uważa, że program dydaktyczno-wychowawczy, który zaproponował w postępowaniu nie odbiega (poza profilem dla Poczty Polskiej) od innych programów oferowanych kolonii i obozów podanych w katalogach, oraz na stronie internetowej www.iaworzyna.com.pl., cieszących się zainteresowaniem klientów, o czym świadczą wyniki w sprzedaży miejsc od wielu lat.

Reasumując, zgłaszający przystąpienie wskazał, że jest odpowiedzialnym organizatorem, rzetelnie przygotowującym się do wykonania usługi,. Od momentu ukazania się przetargu tj. od 18 kwietnia 2011 na zorganizowanie wypoczynku dla dzieci i młodzieży dla Poczty Polskiej zabezpieczył miejsca noclegowe wraz z wyżywieniem w Hotelu Samba, który przez nas został wysoko zaliczkowany, (jest to ryzyko handlowe każdego oferenta). Jednocześnie pula miejsc do ewentualnej sprzedaży została w tym dniu zablokowana i taki stan rzeczy

trwa nadal, ze względu na związanie ofertą. Zgłaszający przystąpienie oświadczył, iż jest jednym z większych, wielokrotnie nagradzanych organizatorów (cztery nagrody ODYS Krakowskiej Izby Turystyki) za najlepszą ofertę własną w turystyce młodzieżowej a organizowane od 16-tu lat kolonie i obozy cieszą się dużym uznaniem zarówno wśród klientów indywidualnych jak i dużych zakładów pracy (referencje).

Zamawiający przed posiedzeniem Izby 6 czerwca 2011 roku złożył pismo „Odpowiedź na odwołanie”, wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w tym wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku.

Zamawiający nie uwzględnił żadnego z przedstawionych w odwołaniu zarzutów. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 i 4 ustawy Zamawiający stwierdził, iż faktem jest, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w Części VIII w pkt. 2 *Wybór oferty* znajduje się regulacja: *Przetarg wygra ten wykonawca, który: 2.1 spełni wymagania określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz p.z.p., 2.2 przedłoży ofertę, która zawiera najniższą cenę brutto spośród badanych ofert i uzyska największą ilość punktów spośród badanych ofert.* Regulację SIWZ z punktu 2.2 SIWZ należy traktować jako oczywistą pomyłkę pisarską - przypadkową niedokładność, zwłaszcza mając na uwadze wcześniejsze postanowienia SIWZ, które w Części VIII w pkt 1 *Opis sposobu obliczania ceny* szczegółowo opisują kryteria wyboru ofert i zawierają (w zdaniu końcowym) jasną informację dla wykonawców, iż *za najkorzystniejszą ofertę Zamawiający uzna ofertę, która uzyska największą ilość punktów wynikającą z sumy kryteriów (Wc+Wwsb+Wp+Wa), spośród nie odrzuconych ofert - dla każdej z części zamówienia.* Ponadto pkt 2.2 o powyższej treści pojawił się tylko w SIWZ - w opublikowanym ogłoszeniu o zamówieniu kryteria są jasno sformułowane (odpowiadają treścią pkt 1 w Części VIII SIWZ). Należy zauważyć, iż do momentu rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania ta rozbieżność nie budziła jakichkolwiek kontrowersji u wykonawców, którzy, włącznie z Odwołującym, nie skorzystali z prawa do wyjaśnienia treści SIWZ.

Stanowisko Odwołującego, iż warunkiem koniecznym wyboru oferty było równoczesne zaproponowanie najniższej ceny za realizację zamówienia jak i uzyskanie najwyższej ilości punktów za pozostałe kryteria jest, w związku z tym o czym mowa powyżej, nie tylko pozbawione logiki ale wręcz sprzeczne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria

odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Jak wynika więc bezpośrednio z przepisów jako kryterium nie można ustalać „równocześnie” samej ceny oraz pozostałych kryteriów - nie ma tu koniunkcji - kryterium stanowić może albo sama cena albo cena wraz z innymi kryteriami.

Zamawiający nie miał żadnych podstaw żeby twierdzić, iż firma Biuro Turystyki Jaworzyna Tour, której oferta została wybrana, złożyła nieprawdziwe informacje odnośnie odległości od morza i posiadania przez hotel boiska do siatkówki. Poza informacjami Zamawiającego, zweryfikowanymi poprzez dokonanie sprawdzenia informacji ogólnodostępnych, potwierdzonymi przez przesłane oświadczenie przedstawiciela hotelu, w którym wg. oferty Biuro Turystyki Jaworzyna Tour wypoczywać miała młodzież, prawdziwość złożonych informacji przez tego wykonawcę potwierdzał dodatkowo fakt, iż w niniejszym postępowaniu ofertę złożył inny wykonawca - wykonawca Rego-Bis, który zaproponował zorganizowanie obozu w tym samym miejscu (hotelu) co wykonawca Biuro Turystyki Jaworzyna Tour i również złożył oświadczenie, iż obiekt jest położony do 300 m od plaży i posiada boisko do siatkówki. Ideą ustanowienia tego kryterium było zapewnienie młodzieży łatwego dostępu do plaży w sposób pozwalający na uniknięcie korzystania z jakichkolwiek środków lokomocji - Odwołujący zdaje się jednak zapominać, iż taką trasę można pokonywać nie koniecznie głównymi arteriami komunikacyjnymi lub jedynie specjalnie wyznaczonymi szlakami. Z doświadczenia Zamawiającego wynika bowiem, iż wiele hoteli posiada własne, przeznaczone jedynie dla klientów dojścia, które nie zostają ujęte w oficjalnych planach danej miejscowości.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Zamawiający wskazał, że poza ceną Zamawiający ustanowił w SIWZ inne kryteria, takie jak: warunki socjalno bytowe, atrakcyjność profilu kolonii, zakres programu - nadając im stosowną wagę. Są to kryteria obarczone koniecznością posługiwania się przez Zamawiającego podczas badania ofert pewnymi normami ocennymi. Kryterium „funkcjonalności” stwarza możliwość skupienia się na ocenie funkcji, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia. Nie wszystkie funkcje dadzą się ocenić poprzez przyjęcie stosownego algorytmu, co musi skutkować sięgnięciem do oceny opartej na uznaniu, stwarzającym, jak już wyżej podkreślono w odniesieniu do kryterium jakości, zagrożenie dowolnością oceny. Zamawiający musiał więc posłużyć się normami ocennymi. Odnośnie zarzutu dotyczącego kryterium oceny ofert pod nazwą atrakcyjność profilu kolonii - waga 10%, należy nadmienić, iż na etapie - do terminu

składania ofert, Odwołujący nie miał do tego kryterium żadnych uwag - nie wniósł przysługujących mu środków ochrony prawnej pomimo określenia w SIWZ, iż punkty za to kryterium będą przyznawane indywidualnie przez poszczególnych członków komisji na podstawie załączonego do oferty opisu programu dydaktyczno wychowawczego i dodatkowych oferowanych atrakcji. W opisie przedmiotu zamówienia w SIWZ w części I pkt 3.5 wskazano co powinien zawierać program dydaktyczno-wychowawczy tj. między innymi: program autorski Wykonawcy w zakresie organizacji imprez sportowo-rekreacyjno-turystycznych, kulturalno-oświatowych, profil obozu, imprezy rekreacyjno-sportowo-turystycznych, tematykę i ceny wycieczek fakultatywnych. Zamawiający przyznał połowę z możliwych do uzyskania punktów ofercie Odwołującego, gdyż główną atrakcją zaoferowanego przez niego programu był nocny dubbing dla młodzieży, która w większości jest w wieku 15, 16 lat. Prawdopodobnie większość z uczestników obozu nie mogłaby skorzystać z atrakcji nocnych dyskotek w klubach z uwagi na swój wiek (wstęp od 16 lat). Trudno sobie wyobrazić w jaki sposób planował Odwołujący zapewnić bezpieczeństwo młodzieży w klubach, które mają jak wynika z treści oferty kilka poziomów (dance -floor) i wiele innych atrakcji jak np. Magie Casino, tory samochodowe i wiele innych, które zapewne są kuszące dla osób dorosłych, którymi nie są dzieci z przedziału od 15 do 18 lat. Wyjście do dyskotek poza hotelem jak najbardziej mogło być atrakcją fakultatywną dla pełnoletniej części młodzieży. Poza wieczorowo-nocnymi wyjściami do klubów (które raczej przyczyniły się do uzyskania mniejszej liczby punktów a nie większej czego oczekiwałby Odwołujący) Odwołujący zaoferował standardowy program polegający na opalaniu się i ćwiczeniach nad brzegiem morza. W kontekście innych ofert a przede wszystkim oferty wykonawcy Biuro Turystyki Jaworzyna Tour (której zaoferowany program obozu został najwyżej oceniony przez członków komisji), w której znalazł się autorski program wykonawcy zawierający, także m.in warsztaty plastyczne nawiązujące do kultury i tradycji Hiszpanii, grę terenową po Lloret de Mar oraz interaktywną zabawę z udziałem lokalnych mieszkańców i innych turystów. Program dydaktyczno wychowawczy obozu zaoferowany przez Odwołującego był na niskim poziomie co odzwierciedla liczba uzyskanych punktów, przydzielanych indywidualnie przez członków komisji na podstawie treści załączonego przez Odwołującego programu. Zarzuty Odwołującego dotyczące bezstronności i obiektywizmu osób podejmujących w przedmiotowym postępowaniu czynności w imieniu Zamawiającego nie zostały poparte żadnymi dowodami i jako takie nie zasługują na uwzględnienie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 maja 2011 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja potwierdzająca przesłanie odwołania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego Biuro Turystyki Jaworzyna Tour z siedzibą w Krakowie przy ulicy Rynek Podgórski 7, 30-518 Kraków. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu odwołania 23 maja 2011 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia Biuro Turystyki Jaworzyna Tour z siedzibą w Krakowie przy ulicy Rynek Podgórski 7, 30-518 Kraków - wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została

przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu. Izba uznał, iż Biuro Turystyki Jaworzyna Tour z siedzibą w Krakowie przy ulicy Rynek Podgórski 7, 30-518 Kraków stało się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu. Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego – mapę geodezyjną sporządzoną przez Equip Technic Topografic biuro geodezyjne złożoną na okoliczność wykazania odległości obiektu od plaży oraz oświadczenie w oryginale obite pieczęcią hotelu Sama złożone na okoliczność potwierdzenia, że odległość od plaży wynosi 500 m i że na terenie brak jest boiska do piłki siatkowej. Izba dopuściła dowody złożone przez uczestnika postępowania odwoławczego – pismo z dnia 27 maja 2011 r. (oryginał) podpisany przez dyrektora marketingu hotelu Samba Panią Halinę Bartczak ora dyrektora Hotelu (parafka – podpis nieczytelny) na okoliczność wykazania, że do plaży prowadzą z hotelu 3 drogi, z czego najkrótsza wynosi około 250-300 m, są to schody oficjalnie oferowane przez miasto, które skracają drogę do plaży oraz zdjęcia na okoliczność wykazania, że na terenie hotelu znajduje się boisko do siatkówki oraz istnieje możliwość organizacji dyskotek a także zdjęcie, na którym został pokazany fragment najkrótszego dojścia z hotelu Samba do plaży.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, po pierwsze, że odwołanie dotyczy jedynie części III zamówienia – zagraniczny obóz młodzieżowy w wieku 15-19 lat w Hiszpanii – w ilości 200 osób.

W części VIII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) – Kryteria oceny ofert, wybór oferty w punkcie 1 – Ocena ofert dotyczącym części III Zamawiający ukształtował następujące kryteria oceny ofert:

a) *Cena brutto 1 skierowania : 40%,*

b) *Warunki socjalno - bytowe : 30%,*

w skład których wchodziły następujące oceniane elementy: położenie obiektu wypoczynku: do 300 m od plaży – 5 pkt, powyżej 300 m od plaży – 1 pkt; hotel/pensjonat min. 3 - 5 pkt, camping – domki – 1 pkt; basen odkryty na terenie obiektu 5 pkt, basen odkryty poza obiektem – 1 pkt, brak basenu – 0 pkt; boisko do siatkówki na terenie obiektu – 5 pkt, boisko do siatkówki poza obiektem – 1 pkt; restauracja / stołówka na terenie obiektu 5 pkt, restauracja / stołówka poza obiektem 1 pkt; pokoje z pełnym węzłem sanitarnym – 5 pkt, pokoje z umywalkami, wspólne łazienki – 1 pkt; pokoje 3-4 osobowe – 5 pkt, pokoje 5-cio i więcej osobowe – 1 pkt; pokoje z klimatyzacją – 5 pkt, pokoje bez klimatyzacji – 1 pkt,*

c) *Zakres programu : 20%,*

w skład których wchodziły następujące oceniane elementy: wycieczka całodniowa do Barcelony (zwiedzanie z przewodnikiem) – 10 pkt, brak wycieczki do Barcelony – 0 pkt; 1 wycieczka piesza – 1 pkt, brak wycieczki pieszej - 0 pkt,

d) *Atrakcyjność profilu kolonii: 10 %*

Punkty za kryterium profilu obozu będą przyznawane na podstawie ocen indywidualnych członków komisji dokonanych w oparciu o opis programu dydaktyczno wychowawczego, dodatkowych atrakcji. Maksymalna liczba punktów do uzyskania w tym kryterium przez wykonawcę od każdego członka komisji wynosi 10 pkt.

Natomiast w tej samej części SIWZ w punkcie 2 – wybór oferty Zamawiający zawarł regulację: *Przetarg wygra ten wykonawca, który: 2.1. spełni wymagania określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz p.z.p 2.1.przedłoży ofertę, która zawiera najniższą cenę brutto spośród badanych ofert i uzyska największą ilość punktów spośród badanych ofert."*

Na wstępie Izba wskazuje, że z treści art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy – *Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej (...) opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert - wynika dla Zamawiającego uprawnienie, czyli kompetencja*

do samodzielnego określenia w prowadzonym postępowaniu kryteriów oceny ofert, ich znaczenia i sposobu oceny ofert. Uprawnienie to ma jednocześnie charakter obowiązku, bowiem Zamawiający od realizacji tego uprawnienia nie może się uchylić. Dodatkowo, na Zamawiającego został nałożony obowiązek ujawnienia przedmiotowych informacji wykonawcom, przez ich zamieszczenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszeniu o zamówieniu (art. 41 pkt 9 – *kryteria oceny ofert i ich znaczenie*). Swoboda Zamawiającego w realizacji przedmiotowego uprawnienia doznaje na gruncie przepisów ustawy pewnych ograniczeń i tak: po pierwsze - kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia (art. 91 ust. 2 ustawy); po drugie - kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (art. 91 ust. 3 ustawy). Katalog kryteriów oceny ofert wskazany w art. 91 ust 2 ustawy stanowi katalog otwarty i przykładowy a wyszczególnienie tych kryteriów przez ustawodawcę nie ma charakteru katalogu zamkniętego, dlatego też Zamawiający może w tym zakresie zastosować także inne kryteria, nie wskazane wprost w tym przepisie, ale odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Oczywistym wydaje się, że za kryteria odnoszące się do przedmiotu umowy (kryteria przedmiotowe) należy uznać wszystkie jej istotne postanowienia, które stanowią jej treść, wszak ich kształt ma zdecydować o tym, czy umowa będzie dla Zamawiającego korzystna (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 września 2008 roku sygn. akt IV Ca 689/08).

Izba rozpoznając zarzuty odwołania stwierdziła, iż kluczowe znaczenie dla ich rozstrzygnięcia, poza treścią oferty wykonawcy Biuro Turystyki Jaworzyna Tour z siedzibą w Krakowie przy ulicy Rynek Podgórski 7, 30-518 Kraków przyznać należy treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treści ogłoszenia o zamówieniu.

Zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 91 ust 1 ustawy – *zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia* oraz art. 91 ust 4 ustawy – *jeżeli nie można wybrać oferty najkorzystniejszej z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający spośród tych ofert wybiera ofertę z niższą ceną* przez wybranie oferty nie najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert

określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba uznała za zasadny w części dotyczącej naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do opisu kryteriów oceny ofert jakimi kierował się Zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert. Po pierwsze – co słusznie podnosił również Zamawiający – kryteria oceny ofert jakimi będzie kierował się Zamawiający dokonując oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazane zostały przez Zamawiającego zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tych dokumentach kryteria oceny ofert i ich znaczenie zostały podane w ten sam sposób. Po drugie – co w szczególności jest istotą, uwzględniając regulacje art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierać musi opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Jednoznacznie ustawodawca wymaga, iż szerzej niż w ogłoszeniu o zamówieniu - gdzie obowiązkiem Zamawiającego jest podać kryteria oceny i ich znaczenie - Zamawiający zobowiązany jest do zawarcia w SIWZ opisu kryteriów, podania znaczenia kryterium a także sposób jego oceny.

Zamawiający dokonał tej czynności prawidłowo, opisał kryteria oceny ofert a także dla każdego z opisanych kryteriów przypisał określoną wagę (znaczenie tego kryterium w całościowej ocenie ofert) a także podał jednoznacznie sposób w jaki będzie dokonywał oceny czyli jakie punkty i w przypadku spełnienia jakich wymagań będzie przyznawał poszczególnym wykonawcom.

Izba nie podzieliła argumentacji przedstawionej w odwołaniu oraz na rozprawie przez Odwołującego a odnoszącą się do konieczności oceny ofert w postępowaniu w sposób wynikający z regulacji punktu 1 i punktu 2 części VIII SIWZ. Zamawiający wypełnił obowiązek ustawowy wynikający z art. 36 ust.1 pkt 14 ustawy i dokonał zgodnie z art. 91 ust 1 oceny ofert w oparciu o ukształtowane przez siebie a niekwestionowane kryteria. W punkcie 2 części VIII SIWZ Zamawiający zawarł informację, która nie może być traktowana jako kryteria oceny ofert – informacja tam zawarta nie spełnia wymagań ustawowych a Odwołujący przywoływał ją jako dodatkowe kryteria, które mają stanowić podstawę do oceny ofert. Odwołujący nie wykazał jaką wartość w całkowitej ocenie oferty mają mieć interpretowane jako kryteria oceny ofert regulacje SIWZ z punktu 2. Jednocześnie Odwołujący dokonał rozszerzającej wykładni regulacji SIWZ dokonując zsumowania kryteriów oceny ofert z punktu 1 części VIII SIWZ oraz informacji zawartych w punkcie 2 części VIII SIWZ twierdząc, że ocena ofert powinna nastąpić w oparciu o wymagania Zamawiającego tam wskazane. Odwołujący nie wykazał w jaki sposób powinny być oceniane oferty, policzone punkty w szczególności nie przedstawił ilości punktów jaką

osiągnęli poszczególni wykonawcy (w szczególności Odwołujący). Tym samym biorąc pod uwagę powyższe Izba nie znalazła podstawy do uwzględnienia argumentacji Odwołującego i w tym zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy nie uwzględniła.

W zakresie naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy dotyczącego przyznania Wykonawcy Biuro Turystyki Jaworzyna Tour z siedzibą w Krakowie przy ulicy Rynek Podgórski 7, 30-518 Kraków punktów w kryterium socjalno bytowym i Izba uwzględniła argumentację Odwołującego odnoszącą się do ocenianego elementu dotyczącego odległości obiektu hotelu Samba od plaży w ofercie wyżej wymienionego wykonawcy. W przedmiotowej sprawie Zamawiający przydzielił punkty w zależności odległości położenia obiektu, w którym ma odbywać się obóz, od plaży. Izba dopuściła dowód złożony przez Odwołującego na okoliczność wykazania odległości hotelu Samba do najbliższej plaży tj. mapę geodezyjną. Uwzględniając fakt, że zarówno Odwołujący jak i Biuro Turystyki Jaworzyna Tour z siedzibą w Krakowie przy ulicy Rynek Podgórski 7, 30-518 Kraków posługiwali się oświadczeniami pozyskanymi z hotelu Samba, złożonymi w sprawie jako dowody a zawierającymi sprzeczne informacje dotyczące tych samych istotnych elementów spornych w sprawie, Izba nie przyznała tym dowodom wiarygodności, tym samym nie, z uwagi na powyższe nie uwzględniła tych dowodów rozpoznając przedmiotową sprawę. W trakcie rozprawy wykonawca Biuro Turystyki Jaworzyna Tour z siedzibą w Krakowie przy ulicy Rynek Podgórski 7, 30-518 Kraków argumentował, że Zamawiający nie dookreślił „metody” jaką ma być obliczona odległość obiektu od plaży tzn. nie podał miejsca, z którego ta odległość ma być mierzona. Izba uznała argumentację wykonawcy Biuro Turystyki Jaworzyna Tour z siedzibą w Krakowie przy ulicy Rynek Podgórski 7, 30-518 Kraków za słuszną i dlatego uznała, że należy dopuścić każdy sposób obliczania odległości obiektu od plaży. Dowód złożony przez Odwołującego tj. mapa geodezyjna zawiera zaznaczone dwie drogi z hotelu Samba na plażę: na plażę Fenals 483 m i plażę (miejska) 822 m oraz zaznaczoną odległość z hotelu w linii prostej do plaży Fenals 420 m. Izba nie zgadza się z argumentacją wykonawcy Biuro Turystyki Jaworzyna Tour z siedzibą w Krakowie przy ulicy Rynek Podgórski 7, 30-518 Kraków, iż mapa geodezyjna jest niewiarygodnym dowodem w sprawie z uwagi na to, że zaznaczone zostały na niej dwie drogi dojścia z jednego punktu będącego wejściem na teren obiektu na dwie różne plaże. Wykonawca Biuro Turystyki Jaworzyna Tour z siedzibą w Krakowie przy ulicy Rynek Podgórski 7, 30-518 Kraków w żaden sposób nie wykazało braku wiarygodności. W ocenie Izby nie można odmówić wiarygodności mapie geodezyjnej jedynie z powodu zaznaczenia na niej dwóch dróg dojścia do plaży i zaznaczonej odległości w linii prostej od plaży liczonych z jednego punktu, ponieważ

nie wpływa to na ważność dokumentu jakim jest mapa geodezyjna oraz nie powoduje to uszczuplenia waloru tejże mapy. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony i uczestników postępowania odwoławczego, który zarazem jest uprawnieniem Stron i uczestników postępowania odwoławczego, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izłą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej,* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust. 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat (na tym ciężar dowodu kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).* Na rozprawie Odwołujący argumentował, że z mapy geodezyjnej zawierającej skalę mapy można sprawdzić odległość położenia obiektu od plaży. Jednocześnie wykonawca Biuro Turystyki Jaworzyna Tour z siedzibą w Krakowie przy ulicy Rynek Podgórski 7, 30-518 Kraków złożyło oświadczenie, że z hotelu Samba jest około 250 m do najbliższej plaży oraz złożyło jako dowód zdjęcie schodów miejskich, którymi schodzi się na plażę. Izba oceniwszy moc złożonych dowodów, uznała, że nie sposób odmówić mocy dowodowej mapie geodezyjnej sporządzonej przez podmiot zawodowo uprawniony, który to dowód w zakresie co do swojej ważności nie był kwestionowany przez uczestnika postępowania odwoławczego. Izba uwzględniła argument Odwołującego, który nie był kwestionowany przez wykonawcę Biuro Turystyki Jaworzyna Tour z siedzibą w Krakowie przy ulicy Rynek Podgórski 7, 30-518 Kraków, a mianowicie, że odległość pomiędzy najbardziej wysuniętym na południe punktem obiektu hotelu Samba (nawet nieuwzględniając tego czy jest tam wejście) i najbardziej wysuniętym na północ krańcem plaży mierzonym „w locie ptaka” (w linii prostej) wynosi

więcej niż 300 m. Uwzględniając skalę mapy 1 : 3000 Izba uznała, iż odległość pomiędzy hotelem a plażą, czego dowodził Odwołujący, wynosi około 360 m. Mierzona odległość w linii prostej przekracza próg 300 m stanowiących granicę przyznania punktów w kryterium socjalno bytowym. Wykonawca Biuro Turystyki Jaworzyna Tour z siedzibą w Krakowie przy ulicy Rynek Podgórski 7, 30-518 Kraków nie przedstawił na potwierdzenie swoich twierdzeń żadnych dowodów – w żaden sposób nie uprawdopodobnił, że odległość obiektu od plaży mieści się w przedziale do 300 m. Nie można uznać za argument w sprawie oraz przyznać mu wartość dowodowej oświadczenia wykonawcy Biuro Turystyki Jaworzyna Tour z siedzibą w Krakowie przy ulicy Rynek Podgórski 7, 30-518 Kraków, że odległość do plaży to 514 kroków kobiecych.

Odnosząc się do zawartego w treści uzasadnienia odwołania argumentu braku znajdowania się na terenie obiektu boiska do piłki siatkowej i tym samym naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Izba uznała, że argumentacja Odwołującego nie znajduje uzasadnienia zarzut w tej części nie podlega uwzględnieniu. Zamawiający w postępowaniu przyznawała 5 punktów za znajdowanie się boiska do siatkówki na terenie obiektu. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że Zamawiający nie ukształtował w SIWZ szczegółowego wymagania w zakresie boiska do siatkówki. W szczególności Zamawiający nie wymagał, iż boisko to ma być profesjonalnym obiektem sportowym. Zamawiający nie określił żadnych szczególnych wymagań a przy uwzględnieniu faktu – istotnego w tej sprawie – że obóz nie ma charakteru sportowego, tym samym boisko ma służyć zabawia i rekreacji Izba uznała, że ocena Zamawiającego jest prawidłowa. Wykonawca Biuro Turystyki Jaworzyna Tour z siedzibą w Krakowie przy ulicy Rynek Podgórski 7, 30-518 Kraków wykazał istnienie boiska na terenie obiektu hotelu Samba przez złożenie do akt sprawy dowodu w postaci zdjęcia boiska. Izba przywołuje w tym miejscu uzasadnienie poczynione powyżej dotyczące oświadczeń pozyskanych z hotelu Samba, złożonych w sprawie jako dowody a zawierających sprzeczne informacje dotyczące tych samym istotnych elementów spornych w sprawie, Izba nie przyznała tym dowodom wiarygodności.

Odnosząc się do zawartego w treści uzasadnienia odwołania argumentacji niewłaściwego dokonania oceny oferty wykonawcy Biuro Turystyki Jaworzyna Tour z siedzibą w Krakowie przy ulicy Rynek Podgórski 7, 30-518 Kraków w zakresie kryterium atrakcyjności profilu kolonii i tym samym naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Izba uznała, że argumentacja Odwołującego nie znajduje uzasadnienia a zarzut w tej części nie podlega uwzględnieniu. Nadmienić należy na wstępie, że ukształtowane kryterium oceny ofert w zakresie profilu

obozu nie było kwestionowane przez żadnego z wykonawców na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie Izby Odwoławczy nie wykazał niewłaściwego przyznania punktów wykonawcy Biuro Turystyki Jaworzyna Tour z siedzibą w Krakowie przy ulicy Rynek Podgórski 7, 30-518 Kraków w tym kryterium, nie wykazał żadnych mierzalnych elementów, które mogłyby być obiektywną podstawą uznania stanowiska Odwoławczego za prawidłowe. Zamawiający dokonując oceny ofert w postępowaniu zobowiązany jest do działania w granicach określonych w SIWZ i ujawnionych w ogłoszeniu o zamówieniu zasad, z drugiej strony należy wskazać, że Zamawiającemu nie wolno nadawać postanowieniom SIWZ – na etapie oceny ofert – innego znaczenia ani rozszerzającego, ani zawężającego ani dokonującego innej wykładni niż ta jaka wynika z pierwotnego brzmienia wyżej wymienionych dokumentów. Reguły te mają zastosowanie do wszystkich kryteriów oceny ofert również do tych, których ocena uzależniona jest od czynnika subiektywnej oceny Zamawiającego. Istota oceny sprowadza się do tego aby jej dokonanie nie naruszało zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czyli odbywała się w oparciu o te same reguły w stosunku do każdego z wykonawców.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszało zasady zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwoławczego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy tj. zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami

jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszało zasady zamówień publicznych w tym zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy). Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Izba nie uznała naruszenia art. 7 ust. 2 - *Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm* - ustawy, ponieważ w ocenie Izby Odwołujący nie

udowodnił, nie wykazał naruszenia bezstronności w dokonywanej ocenie ofert oraz nie wykazał braku obiektywizmu w podejmowanych czynnościach.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt. 1 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. Nr 41, poz. 238). Jednocześnie Izba wyjaśnia, iż nie uwzględniła wniosku - zgłoszonego przez pełnomocnika Odwołującego – o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów związanych z przygotowaniem mapy geodezyjnej, kosztów dojazdu oraz kwoty utraconych zarobków w dniu rozprawy z uwagi na brak złożenia do zamknięcia rozprawy stosownych rachunków.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: