

**WYROK**  
z dnia 2 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący:     Anna Packo**  
**Protokolant:         Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2011 r. przez wykonawcę

**Magdalenę Ugrewicz**

**prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Platon, Szkolenia i Konferencje”**

**ul. Słowackiego 12, 57-350 Kudowa – Zdrój**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia**

**Al. Jerozolimskie 155, 02-326 Warszawa**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Magdalenę Ugrewicz prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Platon, Szkolenia i Konferencje” ul. Słowackiego 12, 57-350 Kudowa – Zdrój i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Magdalenę Ugrewicz prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Platon, Szkolenia i Konferencje” ul. Słowackiego 12, 57-350 Kudowa – Zdrój tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Magdaleny Ugrewicz prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą „Platon, Szkolenia i Konferencje” ul. Słowackiego 12, 57-350 Kudowa – Zdrój na rzecz Zakładu Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia Al. Jerozolimskie 155, 02-326

**Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

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:** .....

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługi hotelarskie i restauracyjne. Wybór organizatora części technicznej szkoleń w latach 2011 – 2013” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 15 lipca 2011 r. w Dz. U. UE, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

21 października 2011 r. Odwołująca – Magdalena Ugrewicz prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „Platon, Szkolenia i Konferencje” wniosła odwołanie zarzucając Zamawiającemu: niewłaściwą ocenę i brak odpowiedniego przyznania punktacji oferty Odwołującej i pozbawienia jej zamówienia, mimo że oferta spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz jest ofertą najkorzystniejszą biorąc pod uwagę kryteria zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz naruszenie zasad i warunków określonych w specyfikacji w związku z nadinterpretacją zapisów specyfikacji przy dokonaniu oceny jej oferty, a także wybór jako najkorzystniejszej oferty Jarosława Głowackiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Fordewind Głowacki Jarosław Grzegorz, co narusza art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Odwołująca żądała: uwzględnienia odwołania w całości, nakazania Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert przyznając ofercie Odwołującej 13,33 punktów w kryterium oceny nr 2, a także dokonania wyboru tej oferty jako oferty najkorzystniejszej, nakazania Zamawiającemu unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Jarosława Głowackiego, a w przypadku braku możliwości naliczenia punktacji ze strony Zamawiającego zgodnie z żądaniem Odwołującej – unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, dodatkowo zasądzenia od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa według norm przypisanych, przedstawionego spisu oraz rachunków.

Uzasadniając odwołanie Odwołująca stwierdziła, że w piśmie z 12 października 2011 r. Zamawiający poinformował, iż zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 7 października 2011, sygn. akt KIO 2073/11, powtórzył czynności badania i oceny ofert i ponownie wybrał ofertę p. Głowackiego uzasadniając, iż jest ona nadal według niego ofertą najkorzystniejszą i otrzymała najlepszy bilans punktów, co według Odwołującej nie jest zgodne ze stanem faktycznym.

W wyroku z 7 października, który dotyczył nieprawidłowej czynności odrzucenia oferty Odwołującej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba stwierdziła, że Zamawiający powinien dokonać oceny oferty Odwołującej zgodnie z określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriami oceny ofert oraz przyznać odpowiednią ilość punktów.

Zasady oceny ofert, zgodnie z rozdziałem V specyfikacji były następujące: kryterium ceny – 80% (max 80 pkt) oraz kryterium standardu bazy noclegowej – 20% (max 20 pkt). Kryterium to podzielono na kryterium 2 A standard hotelu (0 – 10 pkt) kategoria hotelu trzy gwiazdki (minimum) to 0 pkt, cztery gwiazdki i więcej to 10 pkt i 2 B pokoje (0 – 10 pkt) pokoje dwuosobowe to 0 pkt, pokoje jednoosobowe lub dwuosobowe do pojedynczego wykorzystania dla każdego uczestnika szkolenia to 10 pkt.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz na druku oferty nie było miejsca i nie widniała żadna formuła mówiąca o dodatkowych wymaganiach według proporcji podziału pokoi na jedno- lub dwuosobowe, a liczbę punktów oceny ustalono w zależności od złożonego oświadczenia i propozycji rodzaju pokoi (jedno- czy dwuosobowe).

Intencją Odwołującej było zapewnienie pokoi dwuosobowych do pojedynczego wykorzystania, choć, jak zauważyła Izba w wyroku z 7 października, „wykonawca wskazał w ofercie, że zaoferował pokoje dwuosobowe, jak też jednoosobowe, co było dopuszczalne. Możliwa zatem była ocena oferty”. Jak zauważyła Izba, oferta Odwołującej jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, powinna podlegać ocenie oraz powinna otrzymać odpowiednią ilość punktów w zakresie kryterium 2. Gdyby nie należało przyznawać punktacji w tym zakresie, skład orzekający stwierdziłby to jednoznacznie.

Za kryterium 2. Zamawiający winien przyznawać ofercie Odwołującej 13,333 punktów zgodnie z cytowanymi powyżej zapisami specyfikacji z uwagi na fakt, iż zaproponowała w swojej ofercie pokoje jednoosobowe, co zostało potwierdzone wyrokiem Izby, niezrozumiałe jest więc ponowne nienaliczenie punktacji w tym zakresie pomimo zaproponowania lepszych warunków w tym kryterium od wybranej oferty.

Po przyznaniu ofercie Odwołującej stosownej ilości punktów (10), powinna ona otrzymać:  $20\% \times (10/15) \times 100 = 13,3333$  pkt, po dodaniu do punktów otrzymanych za kryterium ceny (72,6286 pkt), oferta otrzymałaby łącznie 85,9619 pkt i w łącznej punktacji byłaby najlepsza.

Co do możliwej argumentacji Zamawiającego, iż nie jest w stanie jednoznacznie ocenić oferty w tym kryterium, to zwrot w tym przypadku „indywidualna ocena” oznacza, że nie ma możliwości zastosowania w kryterium oceny punktowej, gdyż do obliczenia jej wartości używa się konkretnego wzoru. Sugerować to może nadinterpretację zapisów i niedopuszczalną dowolność oceny, która jest niezgodna z kryteriami ustalonymi i zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeśli zaś przyjąć argumentację Zamawiającego, że nie można ocenić oferty zgodnej ze specyfikacją, która spełnia jej wymagania i powinna podlegać ocenie, to należy stwierdzić, że całe postępowanie jest obarczone wadą prawną i powinno zostać unieważnione ze względu na wystąpienie wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, która ma charakter nieusuwalny i jednocześnie powoduje, że zawarta umowa będzie z mocy prawa nieważna.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości z uwagi na niezasadność zarzutów. Zamawiający podniósł, że Odwołujący żąda przyznania w kryterium 2. 13,33 punktów, konieczność dokonania takiej oceny wywodząc ze sformułowania w wyroku Izby z 7 października 2011 r., że Zamawiający powinien przyznać odpowiednią ilość punktów. Zamawiający dokonał oceny ofert kierując się zasadą, również wskazaną w tym wyroku, że niedopuszczalna jest ocena oparta o intencje Zamawiającego nie wyrażona wprost w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu. Zgodnie bowiem z postanowieniem punktu 2.2. rozdziału V specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Zasady oceny ofert” kryterium 2. podlega indywidualnej ocenie wszystkich członków komisji przetargowej. Ocena ostateczna dla tego kryterium jest obliczana według określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wzoru (został on opisany powyżej w treści stanowiska Odwołującej). Zamawiający wskazał zatem wprost, że wykonawca otrzyma 10 punktów tylko w przypadku zaoferowania pokoi jednoosobowych lub dwuosobowych do pojedynczego wykorzystania dla każdego uczestnika szkolenia. Zaoferowanie chociaż jednego pokoju dwuosobowego do wykorzystania dla dwóch osób wyklucza możliwość przyznania takiej liczby punktów. Ponieważ Zamawiający nie przewidział możliwości przyznania innej niż 0 lub 10 liczby punktów wykonawca, który zaoferował chociaż jeden pokój dwuosobowy uzyska 0 punktów.

Zamawiający sporządził wzór formularza oferty, który zawierał oświadczenie wykonawców: „Oświadczamy, że zapewnimy uczestnikom szkolenia: nocleg w hotelu.....-gwiazdkowym<sup>1</sup>, pokoje..... - osobowe<sup>2</sup>.” Poprzez przypisy umieszczone przy każdej z części oświadczenia Zamawiający wskazał, jak należy rozumieć wzór formularza oferty, czyli jakie informacje należy umieścić w wykropkowanych miejscach. Przypis <sup>1</sup> „Należy wpisać standard hotelu

zgodnie z załącznikiem nr 1 do rozporządzenia (...)", przypis <sup>2</sup> „Należy wpisać ilość osób, które będą zakwaterowane w jednym pokoju.”

W formularzu oferty Odwołująca oświadczyła, że zapewni uczestnikom szkolenia „nocleg w hotelu 3-gwiazdkowym, pokoje 2-osobowe, pokoje 1-osobo.” Zatem Zamawiający uznał, że Odwołująca zaoferowała przynajmniej jeden pokój dwuosobowy do wykorzystania dla dwóch osób. Takie też ustalenia znajdują się w wyroku Izby z 7 października: „Wykonawca w ocenie składu orzekającego, wskazał w ofercie, że zaoferował zarówno pokoje dwuosobowe jak też jednoosobowe co jest dopuszczalne. Możliwa była zatem ocena ofert. Wbrew jednak twierdzeniom Odwołującego złożone oświadczenie nie wskazuje, że zaoferował on pokoje dwuosobowe do pojedynczego wykorzystania. Wyrażenia „pokoje 2-osobowe, pokoje 1-osobo.” nie sposób w ocenie Izby interpretować tak, jak uczynił to Odwołujący w odwołaniu, a mianowicie, że zaoferował on, zgodnie z kryterium z SIWZ pokoje dwuosobowe do pojedynczego wykorzystania.”

Natomiast użyte w tym wyroku sformułowanie „Zamawiający powinien unieważnić decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego i dokonać jej oceny zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert oraz przyznać odpowiednią ilość punktów” nie oznacza nakazania Zamawiającemu przyznania 10 czy 13,33 punktów, lecz o przyznaniu odpowiedniej do dokonanej oceny ilości zgodnej ze specyfikacją, w tym również 0 punktów.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołująca ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła też, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest sporny.

Izba przyznaje w pełni rację stanowisku Zamawiającego.

W ramach wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryterium 2B Zamawiający miał ocenić zaoferowane pokoje następująco: pokoje dwuosobowe – 0 punktów, a pokoje jednoosobowe lub dwuosobowe do pojedynczego wykorzystania dla każdego uczestnika szkolenia – 10 punktów.

Z tego sformułowania wynika jednoznacznie, że Zamawiający przewidział tylko opcję 0 albo 10 punktów, bez możliwości przyznania punktów pośrednich przy zaoferowaniu „mieszanych” pokoi, czyli zarówno jedno- jak i dwuosobowych. Natomiast 10 punktów miało być przyznane, gdyby w ofercie zaoferowano pokoje jednoosobowe lub dwuosobowe do pojedynczego wykorzystania dla każdego uczestnika szkolenia, czyli wyłącznie pokoje tego typu i to dla każdego z uczestników szkoleń.

W obecnej chwili Odwołujący może uznawać tę punktację za krzywdzącą dla siebie, gdyż opcję zarówno pokoi jedno- jak i dwuosobowych uznaje za lepszą niż wyłącznie dwuosobowych (pod warunkiem, że nie wywoła to konfliktu wśród owych uczestników), która tym samym powinna zyskiwać większą liczbę punktów, lecz wątpliwości te należało zgłaszać na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, kiedy Zamawiający jeszcze mógł zmienić sposób punktowania ofert (analogicznie jak przy standardzie hotelu).

Z kolei w treści swojej oferty Odwołująca oświadczyła, że zapewni uczestnikom szkolenia „nocleg w hotelu 3-gwiazdkowym, pokoje 2-osobowe, pokoje 1-osobo.” (ostatnie stwierdzenie jako dodatkowy dopisek). Tu Izba podziela ustalenia i opinię z wyroku z 7 października oraz Zamawiającego, że dopisku „pokoje 1-osobo.” nie można traktować jako oświadczenia oznaczającego „pokoje dwuosobowe do jednoosobowego wykorzystania” (w szczególności zaś: dla każdego uczestnika szkolenia), lecz jako zaoferowanie zarówno pokoi dwu-, jak i jednoosobowych, co było dopuszczalne na gruncie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (tzn. oferta nie mogła z tego powodu zostać odrzucona jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – co stwierdziła Izba w wyroku z 7 października). Nie oznacza to jednak równocześnie, że oferta Odwołującej musiała, tylko dlatego że nie podlegała odrzuceniu, zostać uznana za najkorzystniejszą. Nie wynika to również z wyroku z 7 października, który jest przez Odwołującą nadinterpretowany. Stwierdzenie, że oferta może zostać oceniona i powinna otrzymać odpowiednią ilość punktów oznacza właśnie, jak stwierdzono, że jako niepodlegająca odrzuceniu podlega ocenie według kryteriów oceny ofert – wszystkich, a nie tylko spornego – i należy przyznać jej taką liczbę punktów, jaka z tych kryteriów wynika. Natomiast z kryterium 2B rzeczywiście wynika 0 punktów.

Należy tu podkreślić, że przedmiotem orzeczenia Izby z 7 października nie było ustalenie konkretnej liczby należnych ofercie punktów, gdyż Izba nie wykraczała poza zakres zarzutu, który dotyczył odrzucenia oferty, a nie weryfikowała samej czynności Zamawiającego jej oceny (której wtedy jeszcze nie dokonano) i kwestia ta pojawiła się jedynie na marginesie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty.

Izba nie stwierdziła też wady postępowania skutkującej ewentualną nieważnością umowy. Zamawiający ustalił kryterium 2B – w takim brzmieniu, w jakim ustalił – w ramach

dopuszczalnej swobody w ocenie istotnych dla siebie aspektów realizacji zamówienia i to, że mógł je ustalić w inny sposób, np. przewidując proporcjonalne przyznawanie punktów, jest tylko dowolną opcją i nie oznacza jeszcze jakiegokolwiek niezgodności z prawem.

Również stwierdzenie, że członkowie komisji będą indywidualnie przyznawać punkty w kryterium, które jest obliczane według wzoru matematycznego, chociaż jest raczej przyzwyczajeniem wynikającym z wzoru protokołu postępowania niż potrzebą dokonywania jakiegokolwiek indywidualnej oceny, skutkuje co najwyżej tym, że zostanie sporządzonych kilka odrębnych kart oceny, nie jest żadną wadą ustalania zasad oceny i nie zniekształca oceny ofert.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 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).

**Przewodniczący:** .....