

WYROK
z dnia 5 lipca 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 lipca 2011 roku** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2011 roku przez wykonawcę: **Biuro Turystyki Jaworzyna Tour Kaczmarczyk Wilk spółka jawna, 30-518 Kraków, ul. Rynek Podgórski 7** – w postępowaniu prowadzonym przez: **Poczta Polska Spółka Akcyjna, 00-940 Warszawa, ul. Rakowiecka 26**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny oferty wykonawcy – Agnieszki Gałkiewicz prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Gandalf Travel Agnieszka Gałkiewicz, 95-030 Rzgów, ul. Tuszyńska 69 – przez przyznanie jednego punktu w kryterium warunków socjalno-bytowych w zakresie położenia obiektu wypoczynku od plaży.**
2. **Kosztami postępowania obciąża Poczta Polska Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, i:**
 - 2.1 **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Biuro Turystyki Jaworzyna Tour Kaczmarczyk Wilk spółkę jawną z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2 **zasądza od Poczty Polskiej Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie na rzecz Biura Turystyki Jaworzyna Tour Kaczmarczyk Wilk spółki jawnej z siedzibą w**

Krakowie kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. 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 – Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi (za pośrednictwem swojej jednostki organizacyjnej Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Krakowie) w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Zorganizowanie wypoczynku letniego dla dzieci i młodzieży* (znak sprawy: CIOR 4/68/11).

14 czerwca 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przekazał za pośrednictwem faksu Odwołującemu – Biuru Turystyki Jaworzyna Tour Kaczmarczyk Wilk spółce jawnej – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej w części 3 zamówienia oferty Agnieszki Gałkiewicz ze Rzgowa, prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Gandalf Travel Agnieszka Gałkiewicz.

22 czerwca 2011 r. (za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy pzp. Odwołujący zakwestionował ilość punktów przyznaną wykonawcy Gandalf Travel Agnieszka Gałkiewicz za warunki socjalno-bytowe, w ramach której za „położenie obiektu wypoczynku” otrzymał on pięć zamiast jednego punktu. Gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę wykonawcy Gandalf Travel Agnieszka Gałkiewicz, uzyskałaby ona mniejszą ilość punktów za warunki socjalno-bytowe, zgodnie z wzorem zamieszczonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej w skrócie s.i.w.z.), ustępując miejsca ofercie Odwołującego. W związku z podniesionym zarzutem Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonania ponownej oceny oferty Wykonawcy Gandalf Travel Agnieszka Gałkiewicz i przyznanie jednego punktu w kryterium warunków socjalno-bytowych w zakresie położenia obiektu wypoczynku od plaży.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Wykonawca Gandalf Travel Agnieszka Gałkiewicz uzyskał łącznie 95 punktów, w tym 30 punktów za warunki socjalno-bytowe. W formularzu oferty tego wykonawcy w kategorii

warunków socjalno-bytowych znajduje się informacja, iż oferowany hotel znajduje się w odległości „do 300 metrów od plaży”, za co przyznane zostało wykonawcy 5 punktów. Z informacji uzyskanych przez Odwołującego wynika, iż oferowany przez Gandalf Travel Agnieszka Gałkiewicz Hotel Angebel Park w Lloret de Mar znajduje się w odległości ponad 300 metrów od najbliższej plaży, a dokładnie 380 metrów w linii prostej i 451 metrów, licząc drogę do pokonania pieszo. Dowodem tego faktu jest mapa geodezyjna (załączona do odwołania) sporządzona przez firmę EQUIP TECNIC TOPOGRAFIC z Blanes w Hiszpanii, dysponującą odpowiednim zezwoleniem nr 3709, oraz tłumaczenie mapy na język polski (załączone do odwołania). W związku z powyższym wykonawca Gandalf Travel Agnieszka Gałkiewicz niesłusznie otrzymał 5 punktów za „położenie obiektu wypoczynku”, ponieważ winien był uzyskać jedynie jeden punkt. Prawidłowa ocena oferty skutkowałaby uzyskaniem 27 punktów, a nie 30, w kategorii warunki socjalno-bytowe (zgodnie z wzorem zamieszczonym w s.i.w.z.), a co za tym idzie jedynie 92 punktów w łącznej klasyfikacji. Prawidłowa ocena oferty tego wykonawcy skutkowałaby zatem wyborem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy pzp.

28 czerwca 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu do Krajowej Izby Odwoławczej informację, iż 24 czerwca 2011 r. poinformował wykonawców uczestniczących w prowadzonym postępowaniu o wniesieniu odwołania wraz z przekazaniem kopii odwołania. W dokumentacji postępowania znajduje się nadto stosowne pismo Zamawiającego, w którym wezwał on również tych wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, a także potwierdzenie udanej transmisji faksowej 10 stron między innymi na nr faksu wykonawcy Gandalf Travel Agnieszka Gałkiewicz (wskazany w formularzu oferty).

Żaden z wykonawców nie skorzystał z wynikającego z przepisu art. 185 ust. 2 pzp uprawnienia do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł pisemnie lub ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych a wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Skład orzekający Izby rozpatrzył złożony przez Zamawiającego na posiedzeniu z udziałem stron wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp z uwagi na to, iż odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby z 7 czerwca 2011 r. w sprawie sygn. akt KIO 1085/11 z odwołania Gandalf Travel Agnieszka Gałkiewicz, przy udziale Biura Turystyki Jaworzyna Tour Kaczmarczyk Wilk spółki jawnej jako przystępującego po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Izby uznał wniosek Zamawiającego za niezasadny. W przywołanym wyroku z 7 czerwca 2011 r. Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny oferty Biura Turystyki Jaworzyna Tour Kaczmarczyk Wilk spółki jawnej i przyznanie jednego punktu w kryterium warunków socjalno-bytowych w zakresie położenia obiektu wypoczynku od plaży. Z dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia istotnie wynika, iż Zamawiający wykonał czynności nakazane tym wyrokiem Izby. Jednakże odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Gandalf Travel Agnieszka Gałkiewicz. Jednocześnie z uwagi na wynikające z przepisu art. 192 ust. 7 pzp związanie Izby zakresem zarzutów zawartych w odwołaniu, które dotyczyły wyłącznie zawyżenia punktacji oceny oferty Biura Turystyki Jaworzyna Tour Kaczmarczyk Wilk sp. j., przedmiotem rozpoznania w poprzedniej sprawie nie była i nie mogła być prawidłowość oceny oferty Gandalf Travel Agnieszka Gałkiewicz. Biuro Turystyki Jaworzyna Tour Kaczmarczyk Wilk sp. j. jako przystępujący w poprzedniej sprawie po stronie Zamawiającego nie mógł zatem skutecznie podnosić żadnych zarzutów wykraczających poza granice rozpoznania wyznaczone wniesionym odwołaniem. Jednocześnie zauważyć należy, iż merytorycznemu rozpatrzeniu wniesionego odwołania nie stoi na przeszkodzie również przepis art. 185 ust. 6 pzp, gdyż Odwołujący w żaden sposób nie kwestionuje obniżenia oceny punktowej złożonej przez siebie oferty, a zatem nie podważa czynności Zamawiającego wykonanej zgodnie z wyrokiem Izby z 7 czerwca 2011 r.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna przesłanka skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i oddaleniu na posiedzeniu z udziałem Stron wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, natomiast Odwołujący podtrzymał wniesione odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w środkach ochrony prawnej, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 21 kwietnia 2011 r. pod nr 2011/S_78-128436, z tym że 18 kwietnia 2011 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie i na swojej stronie internetowej (www.poczta-polska.pl), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący złożył ofertę ocenioną przez Zamawiającego jako druga pod względem uzyskanej punktacji według kryteriów oceny ofert zawartych w s.i.w.z. – ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec zarzutu zawyżenia punktacji oferty uznanej za najkorzystniejszą. Jednocześnie zawyżenie punktacji oferty wykonawcy Gandalf Travel Agnieszka Gałkiewicz i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, naraża Odwołującego na szkodę z powodu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógł liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego do niniejszej sprawy, a także do sprawy sygn. akt KIO 1085/11, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty wykonawcy Gandalf Travel Agnieszka Gałkiewicz, a także z protokołu postępowania.

Izba dopuścił również dowód złożony przez Odwołującego na okoliczność wykazania odległości obiektu Hotel Angebel Park od plaży – mapę geodezyjną sporządzoną przez

hiszpańskiego inżyniera geodetę Xaviera Sadumi Garriga (nr zezwolenia 3709) z Equip Tecnic Topografic z siedzibą w Blanes

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut, iż wybór oferty wykonawcy Gandalf Travel Agnieszka Gałkiewicz jako najkorzystniejszej w części nr 3 zamówienia (*zagraniczny obóz młodzieżowy w wieku 15-19 lat w Hiszpanii*) został dokonany przez Zamawiającego niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonych w s.i.w.z.

W części VIII s.i.w.z. *Kryteria oceny ofert, wybór oferty* w punkcie 1 określono, iż ocena ofert i wybór najkorzystniejszej oferty w tej części zamówienia zostanie dokonana w oparciu o następujące kryteria, którym przyznano następującą wagę procentową (określoną w s.i.w.z. jako *wartość*):

- a) *Kryterium I: Cena brutto 1 skierowania (c) – 40%*
- b) *Warunki socjalno-bytowe (wsb) – 30%*, przy czym w ramach tego kryterium wyróżniono następujące elementy podlegające ocenie punktowej:
 - *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 (p): 20%*, przy czym w ramach tego kryterium wyróżniono następujące elementy podlegające ocenie punktowej:
- *wycieczka całonocna 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 (a): 10 %*, przy czym określono, że: *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.*

Jednocześnie dla kryterium cenowego podano sposób wyliczenia punktów dla oferty badanej przez podanie następującego wzoru: $Wc = \text{najniższa oferowana cena brutto jednego skierowania spośród wszystkich ofert} / \text{cena brutto jednego skierowania oferty badanej} \times 40\% \times 100 \text{ pkt}$. Natomiast dla wyliczenia punktów dla oferty badanej w kryterium warunków socjalno-bytowych wskazano następujący wzór: $Wwsb = \text{łączna ilość punktów oferty badanej} / \text{łączna ilość punktów oferty, która uzyskała największą ilość punktów spośród ofert badanych} \times 30\% \times 100 \text{ pkt}$. Za pomocą analogicznych wzorów (różniących się tylko odpowiednio wskazaną wagą procentową) opisano sposób wyliczenia punktów oferty badanej według pozostałych dwóch kryteriów pozacenowych (Wp i Wa). Wreszcie w ostatnim zdaniu pkt. 1 części VIII s.i.w.z. określono, iż *za najkorzystniejszą ofertę Zamawiający uzna ofertę, która uzyska największą ilość punktów wynikającą z sumy kryteriów ($Wc+Wwsb+Wp+Wa$), spośród nieodrzuconych ofert – dla każdej z części zamówienia.*

Skład orzekający Izby stwierdził, iż do naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 pzp ustawy doszło przez nieuzasadnione przyznanie wykonawcy Gandalf Travel Agnieszka Gałkiewicz 5 punktów za element *położenie obiektu wypoczynku od plaży* w ramach kryterium socjalno-bytowego. Zamawiający przyznał taką liczbę punktów na podstawie informacji zawartej w formularzu oferty tego wykonawcy, który zakreślił dla oferowanego obiektu wypoczynku opcję *do 300 m od plaży*. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący wykazał jednak, iż w rzeczywistości Hotel Angebel Park w miejscowości Lloret de Mar znajduje się w odległości ponad 300 m od plaży. Izba uznała mapę sporządzoną przez hiszpańskiego geodetę za wiarygodny i mocny dowód potwierdzający okoliczność podnoszoną przez Stronę. Z przedstawionej przez Odwołującego mapy geodezyjnej wynika bowiem, iż obiekt ten jest położony w następującej odległości od plaży:

w linii prostej – 380 metrów, zaś licząc długość drogi dojścia – 451 metrów. Wobec braku sprecyzowania przez Zamawiającego w s.i.w.z., iż liczy się rzeczywista odległość do pokonania z obiektu wypoczynku na plażę, należy przyjąć wariant korzystniejszy dla składającego ofertę. Jednakże nawet w takim przypadku okazuje się, iż oferta wykonawcy Gandalf Travel Agnieszka Gałkiewicz powinna otrzymać tylko 1 pkt za położenie obiektu wypoczynku od plaży, co zmniejszyłoby o 4 pkt. sumę punktów za wszystkie łącznie elementy wchodzące w skład kryterium socjalno-bytowego, odpowiednio zmniejszając także ocenę punktową wyliczoną według wzoru dla tego kryterium (Wsb) i wreszcie obniżając łączną ocenę punktową tej oferty.

Zamawiający w toku postępowania odwoławczego w żaden sposób nie podważał wiarygodności tej mapy geodezyjnej, z którą mógł się zapoznać już od chwili otrzymania kopii odwołania. Natomiast niesłuszne jest stanowisko Zamawiającego zajęte na rozprawie, iż uwzględnienie przy rozstrzygnięciu o zasadności odwołania tego dowodu narusza art. 190 ustawy pzp. Zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 pzp, po pierwsze – strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, po drugie – dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Odwołujący przedstawił w toku niniejszego postępowania odwoławczego taki dowód na potwierdzenie faktów, z których wywodził skutki prawne, a zatem uczynił zadość także zasadzie ciężaru dowodu wynikającej z art. 6 kodeksu cywilnego. Nie znajduje natomiast oparcia w przepisach art. 190 pzp domaganie się przez Zamawiającego by Odwołujący przedstawił ten dowód przed zamknięciem rozprawy w poprzedniej sprawie, w której był przystępującym broniącym wyboru swojej oferty jako najkorzystniejszej. Poprzednia sprawa dotyczyła zawyżenia oceny oferty przystępującego za położenie oferowanego przez niego obiektu wypoczynku względem plaży, a zatem był on zobowiązany i uprawniony wyłącznie do przedstawiania dowodów dla wykazania, iż prawidłowo wskazał w ofercie, iż wynosi ona do 300 metrów. Na marginesie skład orzekający Izby zauważyła, iż Zamawiający mógł uczynić użytek z uczynionego ustalenia, iż Odwołujący w niniejszej sprawie przedstawił analogiczny dowód jak ten, który stał się podstawą uwzględnienia odwołania w poprzedniej sprawie, korzystając z instytucji przewidzianej w przepisie art. 186 ust. 2 pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć istotny wpływ na

wynik postępowania o udzielenie zamówienia, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisami § 3 ust. 1 pkt. 1 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), obciążając Zamawiającego kosztami tego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący:

.....