

WYROK

z dnia 13 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 września 2012 r. przez **J..... G....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Fordewind J..... G..... G....., ul. Mazurska 6/11, 11-520 Ryn** w postępowaniu prowadzonym przez **Fundację Rozwoju Systemu Edukacji, ul. Mokotowska 43, 00-551 Warszawa**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje **Fundacji Rozwoju Systemu Edukacji, ul. Mokotowska 43, 00-551 Warszawa**, powtórzenie badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty **PHD Polska sp. z o.o., ul. Grzybowska 12/14 lok. 28, 00-132 Warszawa**, jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
2. kosztami postępowania obciąża **Fundację Rozwoju Systemu Edukacji, ul. Mokotowska 43, 00-551 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **J..... G....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Fordewind J..... G..... G....., ul. Mazurska 6/11, 11-520 Ryn** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Fundacji Rozwoju Systemu Edukacji, ul. Mokotowska 43, 00-551 Warszawa** na rzecz **J..... G....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Fordewind J..... G..... G....., ul. Mazurska 6/11, 11-520 Ryn** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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:

Uzasadnienie

I. Fundacja Rozwoju Systemu Edukacji w Warszawie (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usługi hotelarsko-gastronomicznej w zakresie spotkań i konferencji oraz restauracyjnej w zakresie podawania posiłków na rzecz programów funkcjonujących w ramach Fundacji Rozwoju Systemu Edukacji w podziale na pakiety”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 2 sierpnia 2012 r., poz. 2012/S 147-246189 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 3 września 2012 r. J..... G....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Fordewind J..... G..... G..... w Rynie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zakwestionował prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej dla pakietu A i postawił Zamawiającemu następujące zarzuty:

1. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w związku z naruszeniem art. 82 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy PHD Polska Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: PHD), pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ z przyczyn wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu odwołania,
2. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy PHD oraz zaniechanie uznania oferty wykonawcy PHD za odrzuconą, pomimo że ww. wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania obiektem hotelowym spełniającym wymagania SIWZ,
3. zarzut art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy PHD, pomimo że ww. wykonawca złożył nieprawdziwe

- informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
4. z ostrożności - zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PHD do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania obiektem hotelowym spełniającym wymagania SIWZ oraz dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Odwołujący wskazywał, że zarówno warunkiem udziału w postępowaniu, jak i wymogiem przedmiotowym było dysponowanie przez wykonawcę pięciogwiazdkowym hotelem w odległości mniejszej, niż 0,5 km od dworca Warszawa Centralna. Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą warunku tego nie spełnia – hotel zaproponowany w jego ofercie znajduje się w większej odległości. W związku z tym Odwołujący wskazywał, że zachodzą zarówno przesłanki do wykluczenia PHD z postępowania (i to dwóch powodów: nie spełnił on bowiem warunku udziału w postępowaniu, oraz podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania), jak i odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z SIWZ. Ponadto wskazywał na dwuznaczność oświadczenia w zakresie podwykonawców i brak załączenia dokumentów wymaganych SIWZ, potwierdzających klasę hotelu. Wskazywał z ostrożności, że można byłoby wezwać wykonawcę do uzupełnienia niektórych dokumentów, jednak byłoby to niecelowe - wskazywał na bezwzględne przesłanki odrzucenia oferty. Na rozprawie przedłożył opinię geodety co do spornej odległości (wynosi „około 838m”) oraz mapę (urzędową, opatrzoną czerwoną pieczęcią).

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu, aby w zakresie Pakietu A:

- 1) unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzył czynność badania i oceny ofert,
- 3) odrzucił ofertę wykonawcy PHD jako niezgodną z treścią SIWZ,
- 4) wykluczył z postępowania wykonawcy PHD oraz uznał ofertę wykonawcy PHD za odrzuconą,
- 5) dokonał wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Wnosił o oddalenie odwołania i oddalenie wniosków dowodowych wskazując, że odniesienie się do nich wymaga wiadomości specjalnych. Zauważał, że Odwołujący miał dowody przygotowane

wcześniej, a nie przedstawiając ich Zamawiającemu z odpowiednim wyprzedzeniem pozbawił go możliwości ustosunkowania się do nich, ponieważ weryfikacja dowodów wymaga wiadomości specjalnych.

Odnosząc się do odpowiedzi geodety wskazuje, że sam geodeta ma wątpliwość, ponieważ przywołuje odległość 838 m opatrując ją określeniem „około”, co świadczy o tym, że sam nie ma pewności co do odległości. Poza tym sam geodeta posługuje się wydrukiem mapy ze strony internetowej, co nie jest wiarygodne.

Odnosząc się z kolei do mapy złożonej przez Odwołującego oświadczył, że nie jest biegłym, nie posiada wiadomości specjalnych, nie wie co to znaczy skala 1:1000, nie wie jak przebiegają granice działek i czy mają wpływ na obliczenie odległości. Wskazywał, że być może Odwołujący mierzył odległość od Alej Jerozolimskich, a nie od najbliższego wyjścia w kierunku hotelu przy Grzybowskiej, tj. od ul. Emilii Plater. Jako dowody na potwierdzenie spornej odległości przedłożył wydruki ze stron internetowych pośredników oferujących usługi hotelowe w spornym obiekcie.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert w ramach pakietu A, a oferta PHD zostałaby odrzucona bądź zostałby on wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie jest uzasadnione.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Przedmiotem zamówienia dla pakietu A było świadczenie usługi hotelarsko-gastronomicznej, w tym wynajem sal konferencyjnych w hotelu o standardzie pięciogwiazdkowym w Warszawie.
2. Niesporne było, że aby spełnić zarówno warunek podmiotowy, jak również złożyć ofertę zgodną z SIWZ, należało „dysponować obiektem hotelowym (o standardzie min. 5

- gwiazdkowym) zlokalizowanym w Warszawie w Centrum miasta w odległości nie większej niż 0,5 km od Dworca Kolejowego Warszawa Centralna i posiadający dogodnie połączenie z Międzynarodowym Portem Lotniczym Warszawa-Okęcie im. Fryderyka Chopina." (załącznik nr 2 do SIWZ oraz pkt 4, ppkt 4.2. SIWZ – kopia SIWZ i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach sprawy).
3. Wykonawca PHD, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w pakiecie A, zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w hotelu Radisson BLU Centrum Hotel, położonym przy ul. Grzybowskiej 24. Ponadto oświadczył, że przedmiot zamówienia wykona sam i że część zamówienia obejmująca sprzęt techniczny zostanie powierzona podwykonawcom. Do oferty nie załączył wymaganego dokumentu potwierdzającego status hotelu, tj. decyzji Marszałka Województwa w sprawie zaszeregowania obiektu hotelarskiego do określonego rodzaju i nadania kategorii - dla Pakietu A. (pkt 5, ppkt 5.4, SIWZ), a załączył „Wyjaśnienia pokontrolne z dnia 10 lutego 2012 r.”.
 4. Sporna była pomiędzy Stronami odległość pomiędzy Dworcem Warszawa Centralna, a zaoferowanym przez PHD hotelem przy ul. Grzybowskiej: według Zamawiającego odległość ta nie przekraczała 0,5 km, wg Odwołującego – przekraczała maksymalną dopuszczalną odległość. Strony składały w celu udowodnienia prezentowanych przez siebie stanowisk następujące dowody: Zamawiający złożył wydruki ze stron internetowych noclegi.pl, hotelewpolsce.pl, mojekonferencje.pl, hrs.com.pl, hotelewarszawa.pl; Odwołujący złożył odpowiedź geodety na zapytanie odległość (pismo z dnia 10 września 2012 r.) oraz mapę, opatrzoną czerwoną pieczęcią „Prezydent Miasta Stołecznego Warszawy Ośrodek Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej Poświadcza się zgodność niniejszej mapy z oryginałem przyjętym do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego (...) Niniejsza mapa nie może służyć do celów projektowych” (oryginał okazano do wglądu, do akt złożono kopię). Na marginesie mapy – podano skalę 1:1000.
 5. Na rozprawie Odwołujący, posługując się oryginalną mapą, zmierzył linijką (centymetrową) odległość pomiędzy budynkami A i B (tak na mapie opisano budynek dworca i hotelu), za punkt początkowy i końcowy pomiarów przyjmując punkty położone w odległości najbliższej od siebie, tj. w szczególności, wobec sporu co do liczenia odległości od Dworca Centralnego, wybrano punkt stanowiący początek obrysu Złotych Tarasów (tj. obiektu graniczącego z dworcem) najbliższy Dworcowi Centralnemu.
 6. Wobec sporu, Strony na rozprawie złożył zgodny wniosek o powołanie biegłego w celu ustalenia rzeczywistej odległości na spornym odcinku.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że doszło do nieprawidłowego wyboru oferty dla pakietu A.

Izba stwierdziła, że nie zaistniała potrzeba, mimo zgodnego wniosku Stron, aby powołać biegłego do ustalenia spornej odległości. Izba uznała, że powszechna wiedza jest wystarczająca do rozstrzygnięcia sporu, a do ustaleń koniecznych dla rozstrzygnięcia nie są konieczne wiadomości specjalne – nie chodziło bowiem o ustalenia na wysokim stopniu szczegółowości, a jedynie ustalenie, czy sporna odległość przekracza, czy nie, 500m (dlatego również nie miało znaczenia, że mapa będąca dowodem, nie jest przeznaczona dla celów projektowych).

Oceniając złożone przez Strony dowody, Izba stwierdziła, że strony pośredników oferujących wynajem pokoi hotelowych nie mogą być miarodajnym źródłem informacji o rzeczywistej odległości hotelu od dworca. Są one rodzajem prezentacji, mającej zachęcić do skorzystania z hotelu, i przedstawiają swoją ofertę w możliwie najkorzystniejszym świetle; do tego rodzaju informacji należy podchodzić z dużą ostrożnością. W ocenie Izby Zamawiający stawiając wymóg dysponowania hotelem położonym w określonej odległości od dworca, powinien przewidzieć sposób jego oceny i dokonania weryfikacji; zapoznanie się z powyżej opisanymi stronami internetowymi nie jest rzetelną oceną spełnienia postawionego przez Zamawiającego wymogu. Zamawiający również nie sprecyzował bliżej wymogu, czy odległość 0,5 km to odcinek w linii prostej, trasa pieszo, czy trasa dojazdu – powyższe odległości mogą się znacznie od siebie różnić; dla oceny zarzutów odwołania Izba przyjęła najkorzystniejszą dla wykonawcy PHD opcję: odległość liczoną w linii prostej.

Izba dała wiarę dowodom złożonym przez Odwołującego: opinii geodety i mapie w skali 1:1000. Zamawiający kwestionował opinię geodety wskazując, że opiera się ona na mapie zamieszczonej na stronie internetowej, więc niewiarygodnej, ponadto sam geodeta nie wie, jaka jest sporna odległość, ponieważ podaje w opinii odległość używając określenia „około”. Izba zauważa, że mapa, na której opierał się geodeta, to mapa ze zbiorów urzędowych, wydrukowana z systemu mapowego Urzędu Miasta Warszawa (co jest uwidocznione na zrzucie ekranu pokazującym mapę). Określenie „około” nie podważa wiarygodności opinii, ponieważ sporne było, czy odległość pomiędzy dworcem a hotelem jest mniejsza, niż 0,5 km, a nie – ile dokładnie wnosi; odległość „około 838m” jest niewątpliwie większa niż odległość 0,5km.

Dowodem na rzeczywistą odległość pomiędzy dworcem a hotelem, niebudzącym żadnych wątpliwości była dla Izby okazana przez Odwołującego na rozprawie mapa (okazał oryginalny odpis, opatrzony czerwonymi pieczęciami, do akt złożono kopię) w skali 1:1000 i pomiar na mapie spornej odległości linijką centymetrową. Zamawiający nie kwestionował rzetelności mapy, nie wskazywał, że jest ona przerobiona, nie kwestionował również rzetelności użytego przyrządu pomiarowego (Odwołujący mierzył odległość przyniesioną

przez siebie linijką). Odległość mierzono od najbardziej wysuniętego na północ (w stronę hotelu przy ulicy Grzybowskiej 24) obrysu Dworca Warszawa Centralna (początek Złotych Tarasów) – wynosiła ona niecałe 90cm.

Wbrew stanowisku pełnomocnika Zamawiającego, Izba uznała, że do odczytania odległości z mapy, której skala liczbowa jest znana, przy pomocy linijki centymetrowej, nie wymaga wiadomości specjalnych. Skala liczbowa wskazana na mapie, zwykle w postaci ułamka zapisanego w formacie „x:yyyy”, jest informacją, jaki jest stosunek wielkości obiektów rzeczywistych do odzwierciedlonych na mapie. Skala 1:1000 oznacza więc, że na mapie obiekt przedstawiono w tysięcznym zmniejszeniu. Dysponując tą informacją oraz linijką centymetrową, łatwo ustalić, że odcinek 1cm linijki (odległości na mapie) odpowiada odcinkowi 10m w rzeczywistości. W rezultacie, jeżeli odległość zmierzona na przedłożonej przez Odwołującego mapie mieściła się w zakresie pomiędzy 80 a 90 cm (przy czym nie mierzono tej odległości z dokładnością do 1 cm – nie było takiej potrzeby dla ustaleń koniecznych dla rozstrzygnięcia), to odległość rzeczywista niewątpliwie przekracza 500 m, czyli pół kilometra wymaganego przez Zamawiającego. Zamawiający wskazywał na rozprawie że nie wie, jak przebiegają na mapie granice działek i czy ma to wpływ na obliczenie odległości - w ocenie Izby granice działek nie mają żadnego wpływu na pomiar odległości między obiektami, a sporna odległość dla celów jej weryfikacji pod kątem zgodności z wymogami Zamawiającego powinna być zasadniczo, jak się wydaje, mierzona (wobec braku innych wskazówek w SIWZ) od wejścia/wyjścia z Dworca Warszawa Centralna do wejścia/wyjścia do hotelu – jednak skoro zmierzona na mapie odległość przekraczała niemal dwukrotnie wymagane 0,5 km, to ustalanie, gdzie mieszczą się wejścia/wyjścia nie było konieczne.

Wskazuje się, że na rozprawie przed Izłą Strony mogą przedstawiać dowody do czasu zamknięcia rozprawy, dlatego nie można czynić Odwołującemu zarzutu, że mapę przedstawił dopiero na rozprawie. Izba zauważa, że dla ustaleń pozwalających na rozstrzygnięcie nie było konieczne określenie dokładnej odległości, a wystarczają stwierdzenie, że sporna odległość przekracza 500 m.

W konsekwencji jednoznacznego stwierdzenia, że obiekt Radisson BLU Centrum Hotel, położony przy ul. Grzybowskiej 24 wskazany w ofercie PHD jako miejsce wykonywania przedmiotu zamówienia dla pakietu A (a więc – treść oferty; wycenę podano dla konkretnego obiektu) jest zlokalizowany w odległości większej, niż wymagana w SIWZ, zatem oferta PHD jest niezgodna z SIWZ i jako taka powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Wobec okoliczności, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia dysponowanie określonym hotelem było nie tylko treścią oferty, ale i opisanym przez Zamawiającego sposobem oceny warunku udziału w postępowaniu – wykonawca PHD nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji – zgodnie z przyjętym w orzecznictwie poglądem – powinien być wezwany do uzupełnienia w tym zakresie; jednak wobec faktu, że oferta PHD powinna być odrzucona z powodu opisanego wyżej – zgodnie z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, w tych okolicznościach wykonawcy PHD nie wzywa się do uzupełnienia dokumentu. Z tego powodu nie można na tym etapie postępowania bezsprzecznie ustalić, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych.

Analogicznie, odnośnie braku załączenia decyzji Marszałka Województwa w sprawie zaszeregowania obiektu hotelarskiego do określonego rodzaju i nadania kategorii Izba zauważa, że Zamawiający powinien żądać dokumentów zgodnych z oczekiwaniami wyrażonymi wcześniej w ogłoszeniu i SIWZ. Słusznie twierdzi Odwołujący, że akceptacja dokumentu innego narusza zasadę równego traktowania wykonawców. Skoro PHD nie załączył wymaganego dokumentu, i nie był w tym zakresie wzywany do jego uzupełnienia, to zasadniczo powinien zostać wezwany – jednak Izba nie nakazała dokonania tej czynności (wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych), bowiem oferta Odwołującego, jak wcześniej ustalono, podlega odrzuceniu, jako niezgodna z SIWZ.

Natomiast Izba nie dopatrzyła się takiej wadliwości w oświadczeniu w zakresie podwykonawstwa w ofercie PHD, która musiałaby skutkować odrzuceniem oferty, a to wobec braku definicji „podwykonawcy” przy świadczeniu prac w rodzaju przedmiotu zamówienia i braku skutków dla realizacji umowy.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszeń co najmniej przepisu art. 7 ust. 1 i 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, wskazywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

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 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:

.....