

WYROK
z dnia 27 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k.** z siedzibą w Kielnarowej pod nr 108A (36-020 Tyczyn)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Ministerstwo Infrastruktury** z siedzibą w Warszawie przy ul. Chałbińskiego 4/6 (00-928 Warszawa)

przy udziale wykonawcy **UpHOTEL Sp. z o.o.** z siedzibą w Jeleniej Górze przy ul. Solnej 4 (58-500 Jelenia Góra), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k.** z siedzibą w Kielnarowej i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy **WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k.** z siedzibą w Kielnarowej na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa – Ministerstwa Infrastruktury** z siedzibą w Warszawie kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.)

w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. *Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) 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:

Sygn. akt KIO 3401/20

UZASADNIENIE

Skarb Państwa – Ministerstwo Infrastruktury z siedzibą w Warszawie zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest obsługa Ministerstwa Infrastruktury w zakresie rezerwacji i zakupu usług hotelarskich w kraju i za granicą – znak sprawy: BDG-5.2511.2.2020.JZ, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 września 2020 r., pod numerem 2020/S 187-451056.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kielnarowej, zwany dalej: „odwołującym” w dniu 21 grudnia 2020 r. wniósł odwołanie wobec niezgodnej z prawem czynności wyboru najkorzystniejszej w tym w szczególności wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 91 ust. 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przyznania odwołującemu maksymalnej ilości punktów w kryterium „Analiza ryzyk mogących wystąpić podczas realizacji zamówienia” oraz przyznania wykonawcy UpHotel Sp. z o.o. (zwanemu dalej: „UpHOTEL”) 7 punktów w tym kryterium, podczas gdy wykonawca UpHotel Sp. z o.o. nie powinien otrzymać żadnych punktów w tym kryterium oraz przyznania wykonawcom działającym wspólnie Bankowe Biuro Podróży TravelBank Sp. z o.o. oraz eTravel S.A. (zwanym dalej: „TravelBank”) 9,5 punktów podczas gdy wykonawca ten powinien otrzymać maksymalnie 5 punktów w tym kryterium.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu podjęcia następujących czynności:

- przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert oraz przyznania punktów w kryteriach oceny ofert zgodnie z kryteriami określonymi w SIWZ tj. w kryterium Analiza ryzyk mogących wystąpić podczas realizacji zamówienia przyznania odwołującemu 20 punktów, wykonawcy UpHotel 0 punktów, a wykonawcy TravelBank 5 punktów odpowiednio w zakresie w jakim Izba uwzględni odwołanie.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ważną ofertę w postępowaniu, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Na skutek podjętych przez zamawiającego niezgodnie z prawem czynności, w szczególności przyznania punktów ofertom wykonawców niezgodnie z przyjętymi w SIWZ kryteriami oceny ofert odwołujący może nie uzyskać niniejszego zamówienia. Następnie odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów Pzp może ponieść szkodę, poprzez nieuzyskanie zamówienia, które zgodnie z przepisami powinno zostać udzielone właśnie

odwołującemu. W ten sposób odwołujący nie uzyska korzyści płynących z realizacji zamówienia. Powyższe zdaniem odwołującego dowodziło, iż złożenie odwołania czyniło zadość wymaganiom postawionym w art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Odnosząc się do stanu faktycznego i postanowień SIWZ odwołujący wskazał, że w postępowaniu złożono 5 ofert. Zgodnie z pkt 12.4 SIWZ Punkty za kryterium „Analiza ryzyk mogących wystąpić podczas realizacji zamówienia” zostaną przyznane w skali punktowej do 20 pkt na podstawie informacji, o których mowa w pkt 7.10 lit. b) SIWZ według następującej zasady:

a. gdy nie został określony żaden obszar ryzyka wraz z działaniami mającymi na celu ich uniknięcie oraz działaniami zmniejszającymi ich wpływ na realizację zamówienia w razie jego wystąpienia bądź wskazany obszar i działania je minimalizujące są nietrafne - 0 pkt

b. za każdy trafnie zidentyfikowany obszar ryzyka w odniesieniu do przedmiotu zamówienia wraz z działaniami mającymi na celu jego uniknięcie oraz działaniami zmniejszającymi ich wpływ na realizację zamówienia w razie jego wystąpienia - do 5 pkt. Zamawiający oceni 4 pierwsze propozycje obszarów ryzyka i odpowiadających im środków /działań je minimalizujących wskazanych w ofercie.

W kryterium „Analiza ryzyk mogących wystąpić podczas realizacji zamówienia” zamawiający przyznał wykonawcom następującą ilość punktów:

- A. F.-K. Agencja Transer – 6;
- Opal Travel and Business Service Ltd. Sp. z o.o. – 5;
- TravelBank – 9,5;
- UpHOTEL – 7;
- odwołujący – 5.

Jak wyjaśnił odwołujący z protokołu oraz załączników przekazanych mu wynikało, iż zamawiający przyznając punkty wykonawcom nie kierował się żadnym kluczem, ani opinią biegłego.

Zdaniem odwołującego oceny dokonano subiektywnie i bez prawidłowego uzasadnienia. Zamawiający w sposób całkowicie dowolnie przyznał punkty w kryterium „Analiza ryzyk mogących wystąpić podczas realizacji zamówienia” dokonując w ten sposób wyboru wykonawcy UpHOTEL bez właściwej podstawy prawnej. W istocie analiza ryzyka dokonana przez odwołującego została wykonana całkowicie zgodnie z kryteriami wskazanymi przez zamawiającego, podczas gdy wykonawca UpHOTEL nie zidentyfikował żadnego ryzyka związanego z wykonaniem zamówienia, a wykonawca TravelBank wskazał w dwa ryzyka, przy czym jedno jest nieprawdopodobne i wykonawca nie podał realnej propozycji rozwiązania.

Dokonując analizy ryzyka złożonego przez niego w ramach kryterium odwołujący wyjaśnił, że zidentyfikował następujące ryzyko wykonania zamówienia:

- ochrona zdrowia podróżnego – pandemia koronawirusa (COVID-19) – zamawiający przyznał wykonawcy jedynie 2 punkty gdyż uznał, iż odwołujący zbyt ogólnikowo wskazał rozwiązanie tego problemu. Z tą oceną odwołujący się nie zgodził, gdyż – jak wyjaśnił – wyczerpująco wskazał następujące środki jakie powinny zostać podjęte w związku z ochroną podróżnego: 1) Zakup dodatkowego ubezpieczenia dla podróżnego; Ubezpieczenia obejmują szeroki zakres zabezpieczeń podczas podróży i coraz częściej firmy ubezpieczeniowe współpracują z przedsiębiorstwami w celu wdrożenia rozwiązań w zakresie zdrowia i bezpieczeństwa podczas podróży.

2) Opracowanie służbowej polityki bezpieczeństwa podróżnego:

• Szkolenie pracowników w zakresie konkretnych zagrożeń dla zdrowia.

Powinno ono obejmować zagrożenia związane z konkretnym miejscem przeznaczenia, takie jak zagrożenia związane z żywnością i wodą.

• Zapewnianie badań zdrowotnych przed podróżą;

• Bieżące informowanie o wszelkich wymaganych szczepieniach.

3) Informowanie podróżnych o zagrożeniach epidemiologicznych;

4) Weryfikacja hotelu pod względem posiadania regulaminu funkcjonowania obiektu w dobie pandemii COVID-19;

5) Wdrożenie zasad zapewnienia bezpieczeństwa w związku z zagrożeniem;

Zgodnie z powyższymi działaniami należy informować pracowników, aby podejmowali odpowiednie środki ostrożności w zakresie ochrony zdrowia. Aktualizacja informacji zdrowotnych przed podróżą oraz w zakresie szczepień przeciwko wszelkim chorobom, które mogą być powszechne w kraju docelowym. Ponadto zachęcanie pracowników do korzystania z dodatkowych usług świadczonych przez ubezpieczycieli na przykład, zapewnienia posiadaczom polisy o szerokim dostępie do przewodników po krajach, które zapewniają informacje medyczne, dotyczące bezpieczeństwa podróży i ochrony. Usługa ta obejmuje również przechowywanie dokumentów w sytuacjach awaryjnych, co pozwala pracownikom na skanowanie ważnych dokumentów, takich jak prawo jazdy i paszport, a także określonych informacji medycznych co może być niezwykle korzystne w sytuacjach awaryjnych.

Bardzo ważna, kwestią jest weryfikacja z ambasadą lub konsulatem na temat kraju docelowego, aby dowiedzieć się o zagrożeniach dla zdrowia jak np. epidemie, strajki lub zagrożenia terrorystyczne.

6) Zapewnienie 24-godzinnej pomocy w nagłych wypadkach podczas podróży;

7) Zapewnienie linii alarmowej do kontaktów z Klientem (czynnej 24 h)

Co w ocenie odwołującego wyczerpywało temat na dzień upływu terminu składania ofert. Zamawiający nie wskazał, jakich rozwiązań w tym zakresie brakuje. W odniesieniu do faktu, iż wykup dodatkowych ubezpieczeń niesie za sobą dodatkowe koszty należy zauważyć, iż analizę ryzyka wykonuje się właśnie w celu podjęcia działań zaradczych, które w sposób oczywisty mogą oznaczać konieczność poniesienia dodatkowych kosztów. Zamawiający nie nałożył na wykonawców żadnych ograniczeń w tym zakresie. W ocenie odwołującego w tym kryterium powinien on uzyskać 5 punktów;

- zakłócenia w podróżowaniu – zamawiający przyznał, iż kryterium jest prawidłowe i zostało opisane w sposób wyczerpujący, niemniej z niezrozumiałych przyczyn przyznał odwołującemu wyłącznie 3 punkty na 5;

- ochrona własności intelektualnej oraz cyberbezpieczeństwo – zamawiający uznał, iż nie jest to ryzyko związane z przedmiotem zamówienia, podczas gdy w istocie jest to jedno z podstawowych ryzyk związanych z podróżami służbowymi. Odwołujący wskazał, że przedstawił wyczerpujące rozwiązania tego problemu i powinien otrzymać 5 punktów;

- ochrona bezpieczeństwa podróżnego – zamawiający uznał, iż nie jest to ryzyko związane z przedmiotem zamówienia, podczas gdy w istocie jest to jedno z podstawowych ryzyk związanych z podróżami służbowymi. Odwołujący wskazał,

że przedstawił wyczerpujące rozwiązania tego problemu i powinien otrzymać 5 punktów.

Odnosząc się do analizy dokonanej przez UpHOTEL odwołujący wyjaśnił, że wykonawca ten wskazał, jako ryzyko realizacji zamówienia: Ryzyko związane z działalnością; Ryzyko finansowe; Ryzyko związane ze zmianami regulacji prawnych prowadzenia działalności gospodarczej; Ryzyko dotyczące zasobów ludzkich. Zdaniem odwołującego wykonawca UpHOTEL dokonał identyfikacji ryzyka wyłącznie w zakresie własnej sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej, a więc w zakresie spełniania przez wykonawcę UpHOTEL warunków udziału w postępowaniu przez cały okres realizacji zamówienia. Zgodnie z art. 91 ust. 2 Pzp kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Zdolności podmiotowe wykonawcy nie odnoszą się do przedmiotu zamówienia tylko do jego własności podmiotowych i jako takie nie są oceniane w kryteriach oceny ofert. Zdaniem odwołującego wykonawca UpHOTEL w ogóle nie wypełnił zadania nałożonego przez zamawiającego w kryterium Analiza ryzyka i powinien otrzymać 0 punktów w tym kryterium.

Odwołujący wyjaśnił, że ww. wykonawca otrzymał punkty za wskazanie ryzyka:

- ryzyko związane z działalnością 4 pkt – w ocenie odwołującego ryzyko to odnosi się do zdolności technicznych wykonawcy, a w zakresie w jakim wykonawca UpHOTEL odnosi się do przedmiotu zamówienia po prostu parafrazuje on zapisy SIWZ lub odnosi się on do innego systemu oceny ofert, zgodnie z którym do realizacji zamówienia można było zaproponować działanie za pośrednictwem wielu systemów GDS i powinien on otrzymać 0 pkt w tym kryterium;

- ryzyko dotyczące zasobów ludzkich 3 pkt – w ocenie odwołującego ryzyko to odnosi się do zdolności technicznych wykonawcy oraz zostało już opisane w pozycji Ryzyko związane z działalnością, a zamawiający nie powinien wielokrotnie przyznawać punktów to samo ryzyko, tylko inaczej nazwane. Wykonawca UpHOTEL powinien otrzymać 0 pkt.

Jeśli chodzi o analizę ryzyka wykonawcy TravelBank odwołujący wskazał, że wykonawca wymienił następujące ryzyka:

- w wyniku opóźnionego przelotu, pracownik zleceniodawcy nie doleciał do miejsca docelowego w dniu rozpoczęcia rezerwacji – wykonawca otrzymał 3 pkt, mimo iż zaproponowane rozwiązanie jest bardzo ogólne;

- zmiana warunków rezerwacji z winy hotelu – wykonawca TravelBank otrzymał za to ryzyko 3 pkt, mimo iż zaproponowane rozwiązanie jest bardzo ogólne;

- hotel pomimo założonej i potwierdzonej rezerwacji nie może przyjąć gościa ze względu na overbooking (przyjęcie większej liczby rezerwacji niż pokoi w hotelu) – wykonawca TravelBank otrzymał za to ryzyko 2 pkt, mimo iż zaproponowane rozwiązanie jest bardzo ogólne;

- hotel zostaje zamknięty ze względu na kwarantannę - wykonawca TravelBank otrzymał 1,5 pkt za zidentyfikowane ryzyko.

W ocenie odwołującego za wszystkie ww. sytuacje łącznie zamawiający mógł przyznać maksymalnie 5 pkt, gdyż stanowią one różne „kazusy” tego samego ryzyka, związanego z zaburzeniami podczas podróży i w istocie wymagają zastosowania tych samych rozwiązań oraz zabezpieczeń. Wykonawca TravelBank, podał tylko częściowe rozwiązanie problemu przy opisie każdego przypadku tworząc tym samym wrażenie, iż nie jest to to samo ryzyko. Podobnie wskazane przez TravelBank ryzyko nr 6 pomyłka w zleceniu w dacie / terminie przybycia do hotelu należy zakwalifikować jako ryzyko zaburzeń podróży. Zdaniem odwołującego ponad wskazane powyżej ryzyko związane z zaburzeniami podczas podróży TravelBank wskazał, iż w przypadku awarii sieci telefonicznej w mieście ma zamiar udostępnić zamawiającemu program CTA z możliwością rezerwacji hotelowej 24h. Wystąpienie takiego zdarzenia w XXI wieku jest nieprawdopodobne. Należy również stwierdzić, iż program CTA jest dostępny za pośrednictwem sieci Internet, a więc w przypadku awarii sieci telefonicznej również będzie niedostępny, gdyż połączenia telefoniczne korzystają z tej samej infrastruktury, co internetowe (kable miedziane, światłowód, LTE/5g).

Odnosząc się do dokonanej przez zamawiającego oceny odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący rozumiał cytowany przepis w ten sposób, iż zamawiający dokonuje wykładni zapisów SIWZ dotyczących kryteriów oceny ofert, a następnie tylko i wyłącznie na podstawie norm wynikających z interpretowanych zapisów SIWZ i przepisów prawa dokonuje klasyfikacji ofert wykonawców. Zdaniem odwołującego w postępowaniu zamawiający przyznał punkty w kryterium „Analiza ryzyk mogących wystąpić podczas realizacji zamówienia” całkowicie dowolnie, bez właściwego uzasadnienia i podstawy. W szczególności na etapie oceny wprowadził dodatkowe ograniczenia, np. brak możliwości ponoszenia dodatkowych kosztów na ubezpieczenia, oraz dokonał błędnej wykładni zapisów SIWZ, o czym niżej, a w konsekwencji ocenił oferty na podstawie błędnie rozumianego kryterium. Zdaniem odwołującego taka sytuacja stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż ocena ofert na podstawie błędnie rozumianego zapisu SIWZ lub ocena przy uwzględnieniu ograniczeń nie ujętych w SIWZ nie stanowi oceny ofert określonych w SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający nie mógł odjąć punktów mu w związku z faktem, iż ujął w kryteriach oceny ofert również rozwiązania wiążące się z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów po stronie Zamawiającego, gdyż takie ograniczenie wykracza poza zapisy SIWZ. Podobnie przyznanie punktów dwa razy za to samo ryzyko, czy nawet czterokrotnie w przypadku wykonawcy TravelBank, nie jest zgodne z zapisami SIWZ, gdyż zamawiający uznał, iż za jedno ryzyko przyzna maksymalnie 5 punktów. Działania te należy ocenić, jako naruszające przynajmniej art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 ust. 3 Pzp.

Jak zwrócił uwagę odwołujący zgodnie z art. 91 ust. 2 Pzp kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego wyklucza to tzw. „kryteria podmiotowe” do oceny ofert, chyba że przepisy szczególne dopuszczają zastosowanie kryteriów podmiotowych. Jednocześnie kryteria oceny ofert w postępowaniu należy interpretować w ten sposób, iż odnoszą się one do przedmiotu zamówienia, a nie sytuacji podmiotowej wykonawców. Podobnie literalna wykładnia samej nazwy kryterium „Analiza ryzyk mogących wystąpić podczas realizacji zamówienia” wskazuje na fakt, iż mowa o ryzyku, które może wystąpić „podczas realizacji zamówienia” rozumianym jako wykonywanie obowiązków wykonawcy, świadczenie usług, czyli po prostu realizacja obsługi podróży służbowej. Nie chodzi natomiast o pewien okres i o zmiany, które mogą w tym czasie zaistnieć dla wykonawców, czy innych podmiotów. Taka, rozszerzająca wykładnia jest niecelowa i niedopuszczalna systemowo, w szczególności, jeżeli zmiany miałyby dotyczyć sytuacji podmiotowej wykonawców. Zamawiający w postępowaniu całkowicie błędnie zinterpretował odniesienie „podczas realizacji zamówienia” zawężając jego znaczenie podczas przyznawania punktów odwołującemu, a dokonując wykładni rozszerzającej w odniesieniu do wykonawcy UpHOTEL.

Odwołujący wyjaśnił, że nie przyznano mu punktów, gdyż ryzyko określone przez odwołującego nie odnosiło się do zapisów SIWZ – przedmiotu zamówienia nie można interpretować wyłącznie do zapisów dokumentacji postępowania. Jako przedmiot zamówienia należy rozumieć cały stosunek prawny. W tym zakresie jako wskazówkę interpretacyjną i element wykładni systemowej należy wskazać treść art. 354 § 1 k.c., zgodnie z którym dłużnik powinien wykonać

zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współzycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Wiadomym jest, iż w podróży służbowej pracownicy dysponują sprzętem elektronicznym, a istotną część kradzieży informacji gospodarczych następuje podczas podróży służbowej. Takie ryzyko należy uznać, za ryzyko związane z przedmiotem zamówienia, tak samo jak bezpieczeństwo podróжного. Nie stanowi natomiast ryzyka podczas realizacji zamówienia podwyżka płac, cen sprzętu, czy zmiany prawne, nawet jeżeli zdarzenia te nastąpiłyby w okresie obowiązywania umowy udzielonej w postępowaniu – jest to ryzyko nie tyle związane z wykonywaniem zamówienia, co w ogóle z prowadzeniem działalności gospodarczej. Reasumując, zdaniem odwołującego, zamawiający błędnie nie przyznał mu punktów w związku z ryzykiem ochrona bezpieczeństwa podróжного oraz ochrona własności intelektualnej oraz cyberbezpieczeństwo, a bez żadnej podstawy przyznał jakiegokolwiek punkty wykonawcy UpHOTEL, który nie zidentyfikował żadnego ryzyka związanego z wykonywaniem zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca UpHOTEL.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego w dniu 21 stycznia 2021 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

Zamawiający w dniu 22 stycznia 2021 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił uzasadnienie dla tego wniosku.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.* Zgodnie z ww. przepisem, do niniejszego postępowania odwoławczego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.). Postępowanie odwoławcze zostało bowiem wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 21 grudnia 2020 r., a więc przed 1 stycznia 2021 r.

Izba uznała, że odwołujący spełnił określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Skład orzekający stwierdził, że zgłoszone przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego spełniało wymogi wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. W związku z tym Izba dopuściła jako uczestnika postępowania odwoławczego UpHotel Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze (zwanego dalej: „przystępującym”).

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:

- 1) dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na płycie DVD, przesłanej do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 7 stycznia 2021 r., w tym w szczególności z treści:
 - SIWZ wraz z załącznikami;
 - wyjaśnień treści SIWZ z dnia 5 października 2020 r.;
 - oferty odwołującego wraz z załącznikami, w tym w szczególności z *Opisem podstawowych ryzyk mogących zaistnieć w trakcie realizacji zamówienia*;
 - oferty przystępującego wraz z załącznikami, w tym w szczególności z *Analizą ryzyk mogących wystąpić w trakcie realizacji zamówienia*;
 - oferty wykonawcy TravelBank wraz z załącznikami, w tym w szczególności z *Opisem ryzyka mogącego zaistnieć w trakcie realizacji zamówienia*;
 - informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 9 grudnia 2020 r. wraz kartami oceny ofert dotyczącymi ofert: odwołującego, przystępującego i wykonawcy TravelBank;
- 2) złożonych na rozprawie przez odwołującego:
 - wydruków dwóch informacji ze strony Ministerstwa Spraw Zagranicznych z dnia 22 stycznia 2021 r.;
 - wydruku streszczenia artykułu autorstwa prof. Aleksandra Paraskevasa w tłumaczeniu na język polski;
 - wydruku ze strony internetowej CWT dotyczącego zarządzania ryzykiem w podróży z tłumaczeniem na język polski;
 - wydruku pliku pdf udostępnionego przez booking.com dotyczącego zarządzania ryzykiem w podróży służbowej.

Izba ustaliła co następuje

Skład orzekający stwierdził, że stan faktyczny sprawy, zaprezentowany powyżej w części dotyczącej prezentacji treści odwołania, nie wymaga powielenia w tej części uzasadnienia. W ocenie Izby dokładne zrelacjonowanie treści odwołania, które zawierało przedstawienie stanu faktycznego w sposób adekwatny i zgodny z treścią przywołanych postanowień dokumentacji przetargowej było wystarczające. Należy również zaznaczyć, że stan faktyczny nie był sporny, gdyż istota sporu sprowadzała się od dokonanej przez zamawiającego oceny ofert w ramach kryterium *Analiza ryzyk mogących wystąpić podczas realizacji zamówienia* wobec ofert: odwołującego, przystępującego oraz wykonawcy TravelBank.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 91 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*;
- art. 91 ust. 2 Pzp – *Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:*
 - 1) *jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne*;
 - 2) *aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla*

osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;

3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;

4) aspekty innowacyjne;

5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;

- art. 7 ust. 1 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Sposób przydzielania punktów w ramach kryterium „Analiza ryzyk mogących wystąpić podczas realizacji zamówienia” został opisany w pkt 12.4 SIWZ w sposób następujący:

12.4 Punkty za kryterium „**Analiza ryzyk mogących wystąpić podczas realizacji zamówienia**” zostaną przyznane w skali punktowej do 20 pkt na podstawie informacji, o których mowa w pkt 7.10 lit. b) SIWZ według następującej zasady:

a. gdy nie został określony żaden obszar ryzyka wraz z działaniami mającymi na celu ich uniknięcie oraz działaniami zmniejszającymi ich wpływ na realizację zamówienia w razie jego wystąpienia bądź wskazany obszar i działania je minimalizujące są nietrafne – 0 pkt

b. za każdy trafnie zidentyfikowany obszar ryzyka w odniesieniu do przedmiotu zamówienia wraz z działaniami mającymi na celu jego uniknięcie oraz działaniami zmniejszającymi ich wpływ na realizację zamówienia w razie jego wystąpienia – do 5 pkt.

Zamawiający oceni 4 pierwsze propozycje obszarów ryzyka i odpowiadających im środków/działań je minimalizujących wskazanych w ofercie.

Pkt 7.10 lit. b SIWZ odnosił się do tego, że opis ryzyk na potrzeby przedmiotowego kryterium miał być złożony przez wykonawców wraz z ofertą.

W dniu 5 października 2020 r. zamawiający opublikował odpowiedź na pytanie, które dotyczyło tego kryterium. Na pytanie o treści – *W kryterium udzielenia zamówienia jest zapis "analiza ryzyk mogących wystąpić podczas realizacji zamówienia". Proszę o wyjaśnienie, rozwinięcie tego tematu, zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:*

Zarówno w treści umowy jak i SOPZ istnieją obszary, w których potencjalnie mogą wystąpić ryzyka związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Zadaniem Wykonawcy jako profesjonalisty działającego na rynku usług będących przedmiotem zamówienia jest ich identyfikacja i analiza wraz ze wskazaniem działań (które podejmie Wykonawca), zmierzających do minimalizacji ryzyk oraz zagrożeń mogących mieć negatywny wpływ na prawidłowe wykonywanie umowy.

Zamawiający oceni propozycje przekazane w ofercie przez Wykonawców w skali od 1 pkt do 5 pkt w zależności od ilości zidentyfikowanych obszarów ryzyka i skuteczności zaproponowanych sposobów reakcji. Sposób przyznawania punktów w kryterium „Analiza ryzyk mogących wystąpić podczas realizacji zamówienia” zawarty został w pkt 12.4 SIWZ.

Jak wynika z treści powyżej zacytowanych fragmentów tj. pkt 12.4 SIWZ oraz udzielonej odpowiedzi z 5 października 2020 r., zamawiający położył szczególny nacisk na powiązanie przedmiotowego kryterium z przedmiotem zamówienia. Z pkt 12.4 lit. b) wynika jednoznacznie, że możliwość uzyskania punktów w ramach kryterium mogła nastąpić w przypadku trafnie zidentyfikowanego obszaru ryzyka w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Skład orzekający uznał w związku z tym, że trafność zidentyfikowania obszaru ryzyka w odniesieniu do przedmiotu zamówienia stanowiła podstawę dla możliwości uzyskania punktów w kryterium. Nawiązywała do tego także odpowiedź z 5 października 2020 r., która odnosiła się do: profesjonalizmu wykonawcy działającego na rynku usług będących przedmiotem zamówienia oraz do treści opisu przedmiotu zamówienia i umowy zawartych w załącznikach nr 1 i 2 do SIWZ.

Opisane powyżej podejście zamawiającego w ramach postawionego kryterium, oznaczające powiązanie go z przedmiotem zamówienia, było zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 Pzp, który określa, że inne kryteria – w domyśle kryteria pozacenowe – powinny odnosić się do przedmiotu zamówienia.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na przedmiot niniejszego zamówienia. Został on ogólnie określony w pkt 2.1 SIWZ, który wskazywał, że:

Przedmiotem zamówienia jest kompleksowa, całodobowa obsługa Ministerstwa Infrastruktury w zakresie rezerwacji i zakupu usług hotelarskich w kraju i za granicą na lata 2021-2022, obejmująca w szczególności czynności związane z:

- wyszukiwaniem propozycji wynajmu pokoi hotelowych;

- dokonywaniem rezerwacji pokoi hotelowych;

- wynajmem pokoi hotelowych;

- wystawianiem vouchera;

- dokonywaniem zmian rezerwacji i anulacji rezerwacji.

Zamawiający przewiduje, że zlecenia dotyczące usług hotelarskich:

- w krajach EOG i EFTA stanowić będą ok. 59% wartości wszystkich zleceń,

- poza krajami EOG i EFTA stanowić będą ok. 7% wartości wszystkich zleceń,

- w kraju stanowić będą ok. 34% wartości wszystkich zleceń.

Przewiduje się, że większość zleceń będzie dotyczyła rezerwacji i wynajmu pokoi hotelowych do pojedynczego wykorzystania.

Przedmiot zamówienia został uszczegółowiony w załączniku nr 1 do SIWZ. Wzór umowy stanowił załącznik nr 2 do SIWZ i określał w § 2 ust. 1, że *Przedmiotem Umowy jest obsługa Ministerstwa Infrastruktury w zakresie rezerwacji i zakupu usług hotelarskich w kraju i za granicą*, a załącznik nr 1 do SIWZ oraz oferta wykonawcy mają stanowić załączniki do umowy.

Jak wynika z powyższego istota przedmiotu zamówienia koncentrowała się na kompleksowej, całodobowej obsłudze zamawiającego w zakresie rezerwacji i zakupu usług hotelarskich w kraju i za granicą na lata 2021-2022.

W ocenie Izby odwołujący skoncentrował się w swojej analizie na wskazywaniu ryzyk dotyczących podróżowania w ogóle i w tym kontekście przedstawił swoją argumentację oraz uzasadnienie odwołania. Odwołujący próbował powiązać dokonaną na potrzeby kryterium analizę z przedmiotem zamówienia wskazując, że *przedmiotu zamówienia nie można interpretować wyłączone do zapisów dokumentacji postępowania. Jako przedmiot zamówienia należy rozumieć cały stosunek prawny. W tym zakresie jako wskazówkę interpretacyjną i element wykładni systemowej należy wskazać treść art. 354 § 1 k.c., zgodnie z którym dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym*

zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom.

Zdaniem składu orzekającego stanowisko odwołującego nie zasługiwało na uwzględnienie ponieważ, jak zostało to wskazane powyżej, kryterium powinno odnosić się do przedmiotu zamówienia i w tym kontekście musiało być ocenione, natomiast odwołujący dokonał daleko idącej i nieuzasadnionej interpretacji postanowień składających się na opis przedmiotu zamówienia, tak aby uzasadnić swoje stanowisko na potrzeby wniesionego odwołania. Izba ma przy tym świadomość, że efektem dokonania rezerwacji i zakupu usług hotelarskich będzie podróż przedstawicieli zamawiającego we wskazane miejsce, niemniej nie oznacza to, że wykonawcy powinni uzyskiwać punkty w zakresie ryzyk dotyczących podróży. Warto przy tym po raz kolejny zwrócić uwagę na postanowienia załącznika nr 1 do SIWZ, które koncentrowały się na: opisie wariantów realizacji usług w kontekście rezerwacji, czynnościach składających się na realizację usług (obejmujących: zapytanie komórki zlecającej, przedstawienie propozycji realizacji usługi hotelarskiej, weryfikacji informacji przedstawionych przez wykonawcę, zlecenie rezerwacji wstępnych oraz ostatecznych, wystawianie voucherów, zmiany w rezerwacjach i anulowanie rezerwacji), wymaganych standardach realizacji usług (obejmujących: systemy rezerwacji, obsługę i komunikację z zamawiającym, standardy dotyczące usług hotelarskich, reklamacje). W związku tym tylko ryzyka odnoszące się do przedmiotu zamówienia tj. związane z rezerwacją i zakupem usług hotelarskich mogły być punktowane przez zamawiającego.

Z związku z powyższym Izba pominęła wszystkie dowody złożone na rozprawie przez odwołującego, ponieważ odnoszą się one do kwestii niezwiązanych z przedmiotem zamówienia i przez to nie mogły stanowić potwierdzenia słuszności argumentacji odwołującego.

W dalszej kolejności Izba zwróciła uwagę na karty oceny ofert sporządzone przez zamawiającego odnośnie oferty odwołującego, przystępującego i wykonawcy TravelBank. Jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego, zamawiający wraz z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu przesłał każdemu wykonawcy kartę oceny jego oferty, która zawierała informacje odnośnie liczby punktów przyznanych w każdym kryterium, uzasadnienia dla przyznania danej liczby punktów w każdym kryterium oraz łącznej liczby punktów uzyskanej przez wykonawcę w ramach kryterium.

W tym zakresie odwołujący formułował zastrzeżenia co do czynności zamawiającego, ponieważ wskazywał, że otrzymał niepodpisaną kartę oceny swojej oferty oraz do oceny ofert zamawiający nie powołał biegłego, co miało podważać profesjonalizm zamawiającego w zakresie dokonanej oceny. Skład orzekający doszedł do przekonania, że powyższe okoliczności nie miały znaczenia ponieważ, jak ustaliła Izba, wykonawcy otrzymywali kartę oceny swojej oferty razem z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty, stąd nie mogli mieć wątpliwości od kogo otrzymali te karty i czego one dotyczą, a ponadto zamawiający nie wskazywał w treści SIWZ w jakiej formie przekaże karty oceny ofert wykonawcom. W przypadku biegłego należy wskazać, że zgodnie z art. 21 ust. 4 Pzp kierownik zamawiającego może powołać biegłych w zakresie czynności związanych z prowadzeniem postępowania, co oznacza, iż zamawiający nie ma obowiązku powoływać biegłego. Ponadto odwołujący przedmiotową kwestię tylko zasygnalizował, w żaden sposób jej nie konkretyzując, zatem Izba nie znalazła powodów, aby brać ją pod uwagę, a nie mówiąc już o uznaniu jej za zasadną.

Jeśli chodzi o przyznaną przez zamawiającego punktację w ramach przedmiotowego kryterium dla ofert odwołującego, przystępującego oraz wykonawcy TravelBank w kontekście postanowień Izba zauważyła, że o ile w pkt 12.4 SIWZ zostały określone jednoznacznie i precyzyjnie postanowienia dotyczące nieprzyznania punktów oraz przyznania 5 pkt czyli maksymalnej ilości punktów dla wskazanego obszaru ryzyka, to zamawiający nie określił w dokumentacji przetargowej w jaki sposób będzie przyznawał punkty cząstkowe w ramach ocenianego obszaru ryzyka (w przedziale $0 < \text{liczba punktów za wskazany obszar ryzyka} < 5$). W tym aspekcie odwołujący próbował znaleźć swoją szansę dla podważenia przyznanej w ramach kryterium punktacji wskazując, że oferty przystępującego i wykonawcy TravelBank otrzymały za dużo punktów, a jego oferta za mało, co po prawidłowym przyznaniu punktów w tym kryterium powinno skutkować tym, że to jego oferta byłaby najkorzystniejsza w postępowaniu.

Izba po zapoznaniu się z zebrany w sprawie materiałem dowodowym nie znalazła podstaw do uznania argumentacji odwołującego.

Po pierwsze z treści pkt 12.4 lit b SIWZ wynika, że w ramach tego kryterium wykonawcy mogli otrzymać do 5 pkt za jeden obszar ryzyka. Taka konstrukcja oznaczała, że wykonawcy już na etapie przygotowania ofert wiedzieli, iż każdy z czterech pierwszych obszarów ryzyk wskazany w załączonej do oferty analizie ryzyka, nie będzie oceniany zerojedynkowo tzn. otrzyma albo 0 albo 5 pkt, ale może otrzymać punkty w przedziale od 0 do 5 pkt.

Po drugie wykonawcy mogli kwestionować treść SIWZ w tym zakresie na wcześniejszym etapie tj. po ogłoszeniu zamówienia, jeśli mieli przekonanie, że postanowienia dotyczące kryterium naruszają przepisy Pzp i mogą powodować arbitralność czynności zamawiającego. Niezakwestionowanie treści SIWZ w zakresie przedmiotowego kryterium na wcześniejszym etapie, skutkowało tym, że wykonawcy nie mogli kwestionować treści oraz okoliczności z tym związanych po wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

Po trzecie zamawiający wykazał zasadę, którą jednolicie stosował wobec oceny ofert w ramach kryterium, która jednocześnie miała oparcie w postanowieniach SIWZ. Zasada ta została szerzej opisana powyżej i odnosiła się do powiązania podniesionego obszaru ryzyka z przedmiotem zamówienia. Izba uznała, że zamawiający oceniając poszczególne obszary ryzyka przedstawione przez wykonawców, odnosił je do realizacji zamówienia, zgodnie z tym co było zapisane w SIWZ i wyjaśnieniach. Ponadto ocenie w ramach kryterium, w przypadku ofert, były poddane wyłącznie te obszary ryzyka, które odnosiły się do przedmiotu zamówienia, nie były natomiast punktowane te obszary, które nie miały z przedmiotem zamówienia związku (tj. obszar nr 3 i 4 w ofercie odwołującego., obszar nr 2 i 3 w ofercie przystępującego).

Po czwarte w przedmiotowej sprawie nie miała zastosowania, wynikająca z orzecznictwa zasada rozstrzygania wątpliwości na korzyść wykonawcy, ponieważ w ocenie Izby nie było żadnych wątpliwości wobec działania zamawiającego w zakresie oceny ofert w ramach kryterium. Ponadto powyższa zasada ma zastosowanie przede wszystkim wobec wątpliwości dotyczących postanowień SIWZ odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu w kontekście spełnienia tych warunków przez wykonawcę czy treści opisu przedmiotu zamówienia w związku z oceną zgodności treści oferty z treścią SIWZ. W zakresie przyznania określonej liczby punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert zasada ta podlega ograniczeniom, ponieważ w ramach tej czynności nie dokonuje się wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty, a jej stosownie bez uwzględnienia kontekstu sprawy może zupełnie wypaczyć sens takiego kryterium i wpłynąć na sytuację innych wykonawców.

Po piąte w odniesieniu do oceny ofert w ramach kryterium pozacenowych należy wskazać, że całkowita eliminacja subiektywnej oceny jest niemożliwa, co oczywiście nie oznacza dowolności zamawiającego w tym zakresie. W stanie przedmiotowej sprawy Izba doszła do przekonania, że ocena kryterium dokonana przez zamawiającego nie była dowolna i mieściła się w ramach swobody jaką posiada w tym zakresie zamawiający.

W związku z powyższym Izba oddaliła odwołanie.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie złożonego na rozprawie rachunku.

Przewodniczący:.....