

WYROK

z dnia 22 sierpnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2022 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: D. U. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Espai” D. U. 52-200 Wysoka ul. Fiołkowa 9 oraz B. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Congress” B. S. 57-350 Kudowa Zdrój Słone 108 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Fundację Rozwoju Systemu Edukacji z siedzibą w Warszawie Aleje Jerozolimskie 142A 02-305 Warszawa

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: D. U. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Espai” D. U. 52-200 Wysoka ul. Fiołkowa 9 oraz B. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Congress” B. S. 57-350 Kudowa Zdrój Słone 108 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: D. U. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Espai” D. U. 52-200 Wysoka ul. Fiołkowa 9 oraz B. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Congress” B. S. 57-350 Kudowa Zdrój Słone 108 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: D. U. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą „Espai” D. U. 52-200 Wysoka ul. Fiołkowa 9 oraz B. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą „Congress” B. S. 57-350 Kudowa Zdrój Słone 108 na rzecz zamawiającego Fundacji Rozwoju Systemu Edukacji z siedzibą w Warszawie ul. Aleje Jerozolimskie 142A 02-305 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Zamawiający - Fundacja Rozwoju Systemu Edukacji z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usługi hotelarsko-gastronomicznej, wynajmu sal konferencyjnych wraz z wyposażeniem oraz usługa organizacji konferencji towarzyszącej, będącej elementem wydarzenia

konferencyjnowarsztatowego: Seminarium Bilateralnego Programu Edukacja, realizowanego

w ramach Funduszu Współpracy Dwustronnej finansowanego z Mechanizmu Finansowego

Europejskiego Obszaru Gospodarczego na lata 2014-2021 i Norweskiego Mechanizmu Finansowego na lata 2014-2021” (znak sprawy: DZP.261.27.2022) zwane dalej jako

„Postępowanie”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym bez prowadzenia negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, z późn. zm.) zwanej dalej jako „Pzp” lub „ustawa”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00232996/01 z dnia 30 czerwca 2022 r.

W dniu 7 sierpnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: D. U. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Espai” D. U. 52-200 Wysoka oraz B. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Congress” B. S. 57-350 Kudowa-Zdrój (zwanymi dalej Odwołującymi) wobec czynności Zamawiającego podjętych w Postępowaniu polegającej na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego, jako tej, która została złożona przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
2. dokonaniu wyboru oferty wykonawcy UpHotel Sp. z o.o. (58-500 Jelenia Góra, ul. Solna 4), jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu
3. naruszeniu zasady przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu;
2. art. 253 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez wybór w przedmiotowym postępowaniu oferty, która nie spełnia definicji oferty najkorzystniejszej, sformułowanej w treści art. 239 ust. 2 ustawy Pzp;
3. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób uchylający zasadom przejrzystości i równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej (opublikowanej) w dniu 02 sierpnia 2022 r.
3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego dokonanej (opublikowanej) w dniu 02 sierpnia br.

4. nakazanie zamawiającemu ponowne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert, a także dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm określonych w stosownych przepisach.

Odwołujący wskazał, iż interes w złożeniu niniejszego odwołania wynika z faktu, iż jest on podmiotem który jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, złożył ofertę która wg kryteriów oceny ofert powinna zostać najwyższej oceniona, a na skutek niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności podejmowanych przez zamawiającego, oferta odwołującego nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. W konsekwencji odwołujący poniósł szkodę, gdyż nie ma możliwości dalszego ubiegania się o uzyskanie zamówienia, a w konsekwencji jego uzyskania i osiągnięcia zysku wynikającego z uzyskania i zrealizowania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Jednocześnie wskazał, iż w przypadku gdyby Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, lecz dokonał rzetelnego badania i oceny ofert, w sposób zgodny z ustawą Pzp oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami i dokumentacją zamówienia, wówczas oferta Odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Zamawiający naruszył zatem w sposób oczywisty zarówno przepisy ustawy Pzp, jak również sformułowane przez siebie w specyfikacji warunki zamówienia, wymagania w stosunku do wykonawców ubiegających się o zamówienie, w konsekwencji czego interes odwołującego w pozyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego doznał uszczerbku. Jednocześnie zamawiający naraził odwołującego na powstanie szkody, której wysokość jest równa wysokości zysku jaki Odwołujący spodziewa się osiągnąć, gdyby dane mu było zrealizowanie przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu, Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny: w dniu 2 sierpnia br. Zamawiający przekazał wykonawcom informacje o odrzuceniu oferty odwołującego oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty, wskazując jako podstawę prawną czynności odrzucenia oferty odwołującego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, tj. podnosząc zarzut, iż przedmiotowa oferta została złożona przez wykonawcę który nie spełnia warunków udziału w ww. postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający, w treści rozdziału VIII ust. 2 pkt 4 specyfikacji warunków zamówienia sformułował następujący warunek udziału w postępowaniu: „Standard obiektu: obiekt kategorii minimum 4 gwiazdki w rozumieniu przepisów § 2 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 19 sierpnia 2004 r. w sprawie obiektów hotelarskich i innych obiektów, w których są świadczone usługi hotelarskie (Dz. U. z 2016 r., poz. 2166, z późn., zm.). Zakwaterowanie i wyżywienie oraz wynajem sal konferencyjnych musi być świadczone w jednym obiekcie; obiekt powinien ponadto dysponować własnym parkingiem. Na terenie obiektu Wykonawca zapewni bezpłatny dostęp do Internetu.

Położenie obiektu: hotel musi znajdować się w Krakowie w odległości nie większej niż 400 m od przystanku komunikacji miejskiej dla linii dziennej łączącej z Dworcem Kolejowym Kraków Główny. Zamawiający zweryfikuje ww. odległość mierząc najkrótszą drogę do przejścia pieszo według map Google.”.

Odwołujący, zgodnie z treścią oferty zaoferowali Zamawiającemu realizację zamówienia w obiekcie spełniającym wszystkie ww. wymagania, zlokalizowanym w Krakowie przy ul. Opolskiej 14.

W najbliższym sąsiedztwie ww. obiektu znajdują się dwa przystanki komunikacji miejskiej, na których zatrzymują się autobusy linii dziennej łączącej z Dworcem Kolejowym Kraków Główny. Oba ww. przystanki zlokalizowane są w ciągu ul. Ludomira Różyckiego i ul. Tadeusza Makowskiego, i zostały oznaczone nazwami: „Różyckiego 01” oraz „Różyckiego 02”. Na obu przystankach zatrzymuje się autobus linii 130 kursujący pomiędzy pętlami „Azory” a „Dworzec Główny Zachód”.

Stosując metodologię obliczania odległości zdefiniowaną przez zamawiającego w treści specyfikacji warunków zamówienia, tj. mierząc odległość najkrótszą drogą do przejścia pieszo wg map Google, bezspornie można ustalić, iż przedmiotowa odległość wynosi odpowiednio:

400m (licząc od przystanku „Różyckiego 01”) oraz 350m (licząc od przystanku „Różyckiego

02").

Zatem mając na uwadze powyższe, zaoferowany obiekt spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w treści dokumentacji zamówienia.

Koniecznym jest również wskazanie, iż Zamawiający nie zdefiniował w sposób jednoznaczny sposobu dokonania przedmiotowego pomiaru, tj. brak w treści dokumentacji zamówienia informacji, czy badana odległość będzie mierzona np. do wejścia głównego do obiektu, czy też np. do granicy działki na której zlokalizowany jest obiekt, czy też np. do miejsca które za właściwe ze względów adresowych uzna portal Google Maps.

Specyfikacja warunków zamówienia określa wzajemne prawa i obowiązki stron wynikające z przystąpienia do postępowania. Pozwala wykonawcom dowiedzieć się, czego dokładnie oczekuje od nich zamawiający, a także zidentyfikować stawiane wykonawcom warunki udziału w postępowaniu.

Innymi słowy, skoro zamawiający wymagał od wykonawców zaoferowania hotelu, który znajdował się będzie w odległości nie większej niż 400m od przystanku komunikacji miejskiej dla linii dziennej łączącej z Dworcem Kolejowym Kraków Główny, zastrzegając jedynie, iż Zamawiający zweryfikuje ww. odległość mierząc najkrótszą drogę do przejścia pieszo według map Google, nie wprowadzając żadnych innych dodatkowych ograniczeń co do szczegółów dokonanego pomiaru, to obowiązkiem zamawiającego jest przyjąć każdą ofertę, która spełnia powyższy warunek. Natomiast wprowadzanie jakichkolwiek dodatkowych warunków nieujętych uprzednio w treści specyfikacji warunków zamówienia stanowi niedozwoloną modyfikację postanowień dokumentów zamówienia po upływie terminu składania ofert.

Zatem stosując przyjęte przez zamawiającego zasady weryfikacji spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu należy bezspornie przyjąć, iż wykonawca całkowicie ww. warunki spełnia, a retoryka przyjęta przez zamawiającego jest dla odwołującego zupełnie niezrozumiała, ponieważ nie znajduje odzwierciedlenia w stanie faktycznym.

Mając na uwadze powyższe, zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp należy uznać za w pełni dowiedziony, ponieważ wskazane przez zamawiającego ustalenia są sprzeczne zarówno z postanowieniami dokumentacji zamówienia, jak i stanem faktycznym.

Odwołujący wskazuje dodatkowo, iż zgodnie z postanowieniami art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, obowiązkiem zamawiającego jest poinformowanie wykonawców, których oferty zostały odrzucone, m.in. o faktycznych i prawnych przesłankach uzasadniających ww. czynność Zamawiającego. Bezspornym jest, iż wykonawca winien oczekiwać od Zamawiającego

takiego uzasadnienia swojej decyzji - zwłaszcza w tak istotnej kwestii, jak odrzucenie oferty - po to, aby w przyszłych postępowaniach takowego błędu nie popełnić.

Jednakże Zamawiający uczynił to w sposób blankietowy, formalny. Z treści przekazanego

przez Zamawiającego uzasadnienia wynika, iż „dokonał (on) analizy odległości lokalizacji ww. hotelu od przystanku komunikacji miejskiej dla linii dziennej łączącej z Dworcem Kolejowym Kraków Główny za pomocą narzędzia mapy Google mierząc odległość najkrótszą drogą do przejścia pieszo. Z ww. analizy wynika jednoznacznie, że wspomniana odległość jest większa niż 400 m od przystanku komunikacji miejskiej dla linii dziennej łączącej z Dworcem Kolejowym Kraków Główny”. W przedstawionym uzasadnieniu nie sposób znaleźć informacje, w jaki sposób zamawiający dokonał przedmiotowej analizy, jakie przyjął założenia, jak ustalił pomiary, co de facto uniemożliwia odwołującemu weryfikację poprawności ustaleń dokonanych przez zamawiającego.

Z kolei uzasadniając naruszenie przez zamawiającego art. 253 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez wybór w przedmiotowym postępowaniu oferty, która nie spełnia definicji oferty najkorzystniejszej, sformułowanej w treści art. 239 ust. 2 ustawy Pzp, należy wskazać, iż jest on następstwem uprzednio sformułowanego zarzutu, ponieważ Zamawiający odrzucając

w sposób nieuprawniony ofertę Odwołującego, niejako automatycznie dokonał wyboru

kolejnej oferty, która - w okolicznościach przedstawionych powyżej - za najkorzystniejszą nie mogła zostać uznana.

Uzasadniając z kolei zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób uchylający zasadom przejrzystości i równego traktowania wykonawców, koniecznym jest wskazanie,

iż do obowiązków Zamawiającego należy przestrzeganie ww. zasady, a podejmowane przez Zamawiającego czynności jednoznacznie wskazują na ich naruszenie.

Równe traktowanie jest jedną z podstawowych zasad państwa prawa. Na niej opierają się, z niej są wywodzone prawa i obowiązki osób i podmiotów przede wszystkim wobec państwa, ale także wobec siebie nawzajem. Zasada ta została wprost wyrażona w art. 32 Konstytucji RP zgodnie z którym wszyscy są wobec prawa równi. Rozumienie zasady równości jest utrwalone w orzecznictwie zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych, i nie budzi wątpliwości. Polega ono na tym, iż podmioty znajdujące się w takiej samej lub podobnej sytuacji należy traktować tak samo, natomiast podmioty znajdujące się w sytuacji odmiennej należy traktować odmiennie.

Z kolei jawność prowadzonego postępowania oznacza m. in. przewidywalność decyzji Zamawiającego, w szczególności w odniesieniu do tak newralgicznych aspektów zamówienia, jak przesłanki odrzucenia ofert. Zasada jawności przejawia się również w dostępie do informacji, na podstawie których zamawiający będzie podejmował decyzje w postępowaniu.

Ewidentnym naruszeniem zasady jawności są wszelkie działania o charakterze arbitralnym, subiektywnym podejmowane w oparciu o przesłanki niewyrażone *expressis verbis* w treści dokumentacji zamówienia, co zdaje się mieć miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Powyższe działania Zamawiającego świadczą o nierównym traktowaniu wykonawców, a także o naruszeniu przez zamawiającego zasady przejrzystości, tj. fundamentalnych zasad regulujących sferę udzielania zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł jak w petitum odwołania.

W dniu 17 sierpnia 2022 r. Zamawiający złożył „Odpowiedź na odwołanie”, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba ustaliła i zważyła:

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający przez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub przez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Analiza treści oferty Odwołującego, przebiegu postępowania prowadzonego przez

Zamawiającego, ale przede wszystkim postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą wykazały, że Odwołujący złożył ofertę, która nie tylko że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, ale również jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący miał podać nazwę obiektu, w którym realizowany będzie przedmiot zamówienia, a tymczasem podał nazwę hotelu, który na dzień składania ofert nie istniał. Okoliczność ta została potwierdzona przez Odwołującego dowodem złożonym podczas rozprawy, w postaci wydruku z Systemu Rejestrów Publicznych w Turystyce prowadzonym przez Ministerstwo Sportu i Turystyki, gdzie pod adresem Kraków, ul. Opolska 14 mieści się obiekt o nazwie Premier Kraków Hotel 2, a nie jak wskazał Odwołujący w ofercie, hotel Best Western Premier.

Konsekwencją powyższego, było dalsze działanie Zamawiającego, które w ocenie Izby było następstwem postanowień zawartych w Specyfikacji warunków zamówienia (dalej SWZ).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z wymaganiami SWZ (VIII. Warunki udziału w postępowaniu pkt 2.4) zdolność techniczna lub zawodowa) Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek, jeżeli oferowany obiekt będzie zgodny z poniższymi wymaganiami:

(...)

Położenie obiektu: hotel musi znajdować się w Krakowie w odległości nie większej niż 400 m od przystanku komunikacji miejskiej dla linii dziennej łączącej z Dworcem Kolejowym Kraków Główny. Zamawiający zweryfikuje ww. odległość mierząc najkrótszą drogę do przejścia pieszo według map Google.

Przede wszystkim, nie można się zgodzić z argumentacją Odwołującego, iż Zamawiający nie zdefiniował w sposób jednoznaczny sposobu dokonania przedmiotowego pomiaru odległości, ponieważ brak jest w SWZ informacji, czy badana odległość będzie mierzona np. od wejścia głównego do obiektu, czy też do granicy działki na której zlokalizowany jest obiekt, czy też miejsca, które za właściwe ze względów adresowych uzna portal Google Maps.

Zgodnie z treścią SWZ, narzędzie, z którego Zamawiający zamierzał korzystać przy ustalaniu ww. odległości zostało wyraźnie określone jako map Google, i miało ono mierzyć trasę przejścia pieszo od przystanku do oferowanego hotelu, tj. odległość dla punktów odniesienia, które wyznaczył system po wprowadzeniu nazwy oferowanego hotelu i wskazanego przystanku komunikacji miejskiej. W ocenie Izby, gdyby Zamawiający weryfikował tą trasę w inny sposób, np. przyjmując jako punkt odniesienia dowolne miejsce budynku hotelowego (tak jak sugeruje Odwołujący), to właśnie wtedy zmieniłby zasady pomiaru odległości określone w SWZ, ponieważ dokonałby pomiaru innej odległości, niż wymagana trasa przejścia pieszo między przystankiem a hotelem.

Odwołujący bezzasadnie kwestionuje narzędzie, którym posłużył się Zamawiający. Narzędzie to oraz sposób jego użycia zostało określone w SWZ. Jeżeli Odwołujący uważał, że weryfikacja odległości winna być dokonana w inny sposób lub przy użyciu bardziej precyzyjnego narzędzia, mógł skorzystać z przysługującej mu możliwości wniesienia środków ochrony prawnej na zapisy SWZ w tym zakresie. Skoro tego nie uczynił, nie może na obecnym etapie, po upływie terminu na składanie odwołania za zapisy SWZ, kwestionować sposobu weryfikacji pomiarów odległości dokonanych przez Zamawiającego zgodnie z SWZ. Ponadto zarzut ten nie został podniesiony w odwołaniu, a zgodnie z art. 555 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Nie można się zatem zgodzić z Odwołującym, że Zamawiający dokonując weryfikacji odległości uczynił to w sposób nieokreślony w SWZ, czym dokonał niedozwolonej modyfikacji postanowień specyfikacji już po składaniu ofert.

Odnosząc się do nazwy hotelu podanej w ofercie Odwołującego wskazać należy, że portal map Google, (którego użycie nie zostało przez wykonawców zakwestionowane na etapie właściwym na wnoszenie odwołania do treści SWZ), po wprowadzeniu nazwy i adresu hotelu zgodnie z treścią oferty Odwołującego, tj. Best Western Premier ul. Opolska 14, odsyła do hotelu Premier Kraków Hotel, mieszczącego się przy ul. Opolskiej 14A, i który to hotel Zamawiający przyjął za właściwy do obliczenia odległości od przystanku komunikacji miejskiej przy ul. Różyckiego. Dodać należy, iż przyjęty jako punkt odniesienia przystanek komunikacji miejskiej nie był sporny między stronami. Dokonany przez Zamawiającego pomiar najkrótszej odległości (jak wynika z Odpowiedzi na odwołanie) wynosił 450 m., zatem niezgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu określonym przez Zamawiającego, co stanowiło podstawę odrzucenia oferty, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2. lit. b) Pzp.

Odwołujący podczas rozprawy zakwestionował założenia przyjęte przez Zamawiającego jako bezpodstawne, twierdząc iż oferuje realizację przedmiotowej usługi w hotelu Premier Kraków Hotel 2 mieszczącym się przy ul. Opolskiej 14, podając w ofercie jego poprzednią nazwę jako Best Western Premier, a którego odległość od przystanku komunikacji miejskiej dla linii dziennej łączącej z Dworcem Kolejowym Kraków Główny wynosi 350 metrów.

Izba uznała, iż argumentacja Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, potwierdzającego, że obecny hotel o nazwie Premier Kraków Hotel 2 przy ul. Opolskiej 14, to ten sam hotel, który został wskazany w ofercie pod nazwą Best Western Premier. Z wydruków z Systemu Rejestrów

Publicznych w Turystyce prowadzonych przez Ministerstwo Sportu, złożonych przez Odwołującego jako dowody (oznaczone przez Izbę jako D-2 i D-3) wynika jedynie, że pod adresem Ul. Opolska 14 w Krakowie mieści się hotel o nazwie Premier Kraków Hotel 2, a przy ul. Opolskiej 14A mieści się hotel o nazwie Premier Kraków Hotel, których właścicielem jest Central Fund of Immovables Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Z powyższych Rejestrów nie można jednak w żaden sposób wywieść, że hotel Best Western Premier wskazany w ofercie, to hotel Premier Kraków Hotel 2. Nie można również zgodzić się z Odwołującym, że gdyby Zamawiający sprawdził powyższe Rejestry, to taką wiedzę by pozyskał. Ich analiza, pozwala jedynie na uzyskanie informacji, że pod przy ul. Opolskiej 14 i 14A znajdują się odrębne hotele, jednak żaden z nich nie został wskazany w ofercie Odwołującego.

Izba za nieprzydatny dla sprawy uznała również oświadczenia złożone przez p. J. T.-S. z dnia 12 sierpnia 2022 r. (D-5) i 17 sierpnia 2022 r. (D-4) postępującą się pieczęcią Rooms Division Manager Premier Kraków Hotel. Po pierwsze ich treść nie była znana Zamawiającemu, który na podstawie danych z oferty nie posiadał wiedzy, że Odwołujący w ofercie posługuje się - jak wynika z oświadczenia - „potoczną nazwą hotelu”, wskazanego do realizacji przedmiotu zamówienia oraz że hotel ten, opuścił sieć „Best Western”. Ponadto oba oświadczenia podpisane są przez osobę pod pieczęcią Premier Kraków Hotel, a Odwołujący nie wykazał umocowania do występowania przez p. J. T.-S. w imieniu właściciela hotelu Premier Kraków Hotel ani właściciela hotelu Premier Kraków Hotel 2. Osoba ta nie jest wskazana w KRS jako uprawniona do składania oświadczeń w imieniu Central Fund of Immovables Sp. z o.o. Brak umocowania do składania ww. oświadczeń, nie może świadczyć o ich wiarygodności.

W powyższych okolicznościach, z uwagi na wskazany w SWZ sposób weryfikacji odległości od przystanku komunikacji miejskiej do oferowanego hotelu oraz okoliczność, że portal map Google po wprowadzeniu nazwy hotelu: Best Western Premier ul Opolska 14, odsyła do hotelu Premier Kraków Hotel ul. Opolska 14A, Zamawiający miał pełną podstawę do obliczenia odległości dla trasy pieszej licząc od przystanku komunikacji miejskiej, przyjmując jako punkt docelowy hotel Premier Kraków Hotel mieszczący się przy ul. Opolskiej 14A. Dane adresowe hotelu wynikają nie tylko z informacji podanych przez map Google ale również ze złożonego przez Odwołującego wydruku z Systemu Rejestrów Publicznych w Turystyce.

Ponadto wizualizacja, którą można użyć jako narzędzia portalu map Google, pod nazwą hotelu Premier Kraków Hotel przy ul. ul. Opolskiej 14A, przedstawia hotel, na którym widnieje napis Premier Best Western, natomiast na hotelu przy ul. Opolskiej 14 widnieje nazwa Hotel Efekt Ekspres (po wprowadzeniu adresu: ul. Opolska 14).

Powyższe, w ocenie Izby stanowi uzasadnienie dla poprawności założenia przyjętego przez Zamawiającego. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że wskazany w ofercie

hotel Best Western Premier to nie Premier Kraków Hotel lecz Premier Kraków Hotel 2. Nie wykazał również, iż przy użyciu narzędzi map Google, po wprowadzeniu danych z oferty i przystanku komunikacji miejskiej, zostanie uzyskany inny pomiar odległości, niż ten na który powołuje się Zamawiający. Ponadto w ocenie Izby dowód złożony przez Odwołującego podczas rozprawy (oznaczony przez Izbę jako D-1) w postaci wydruku z portalu Mapy Google, z którego wynika odległość 400 m. mierzona od przystanku komunikacji miejskiej do nieoznaczonego punktu na ul. Opolskiej (a wskazanego na rozprawie jako lewa strona hotelu przy ul. Opolskiej 14A), świadczy o tym, że Odwołujący próbuje wykazać, że to właśnie hotel Premier Kraków Hotel (nazwany w ofercie jako Best Western Premier) spełnia warunek postawiony w SWZ w zakresie wymaganej odległości. Nie sposób również oprzeć się wrażeniu, że argumentacja dotycząca oferowania hotelu mieszczącego się przy

ul. Opolskiej 14 (Premier Kraków Hotel 2) jest przygotowana wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego, ponieważ żaden element oferty za tym nie przemawia.

Ponadto Odwołujący jako profesjonalista, nie powinien posługiwać się (jak wynika z oświadczenia z dnia 17 sierpnia 2022 r. dowód D-4) potoczną nazwą hotelu, a wiedząc, że w danej lokalizacji znajdują się dwa odrębne hotele, i że Zamawiający użyje do weryfikacji odległości narzędzia map Google, mógł samodzielnie zweryfikować odległość, jaką obliczy system po wprowadzeniu konkretnych danych, tj. nazwy hotelu zgodnie z określeniem podanym w ofercie i konkretnego przystanku komunikacji miejskiej. Gdyby dokonał takiej weryfikacji, uzyskałby informację o odległości, przekraczającej wymóg Zamawiającego. Wykonawca winien złożyć ofertę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (tu podać właściwą nazwę hotelu), czego nie uczynił, a Zamawiający dokonuje jej oceny na podstawie danych i informacji zawartych w ofercie. Trudno zatem zarzucać Zamawiającemu niewłaściwą weryfikację oferty, skoro treść oferty nie odpowiadała stanowi faktycznemu (o czym Zamawiający nie wiedział), a weryfikacja dokonana przez Zamawiającego zgodnie ze sposobem wskazanym w SWZ wykazała, że hotel o nazwie wskazanej w ofercie i podanym adresie, nie spełnia warunków dotyczących położenia obiektu.

Powższy zarzut zasługuje zatem na oddalenie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 253 ust. 1 i 2 Pzp poprzez wybór oferty, która nie spełnia definicji oferty najkorzystniejszej, sformułowanej w treści art. 239 ust. 2 Pzp, zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 i 2 Pzp

1. niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

2. Zamawiający udostępni niezwłocznie informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1, na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Odwołujący nie wykazał (nie przedstawił żadnej argumentacji), żeby Zamawiający zaniechał przekazania wykonawcom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wymaganych przepisami informacji, ani że zaniechał udostępnienia tych informacji na stronie internetowej.

Zgodnie z art. 239 ust. 2 Pzp najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Odwołujący również nie wykazał i nie przedstawił żadnej argumentacji potwierdzającej, że Zamawiający dokonał wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Izba wskazuje, że analiza dokumentacji postępowania potwierdziła, że Zamawiający sprostował ciężącemu na nim obowiązki, wynikające z art. 253 ust. 1 i 2 Pzp oraz 239 ust. 2 Pzp.

Izba za niezasadną uznała argumentację Odwołującego podniesioną na rozprawie, odwołującą się do wezwania z dnia 12 lipca 2022 r. Odwołujący twierdził że przywołanie w treści wezwania art. 274 ust. 1 Pzp, świadczy o uznaniu jego oferty za najwyższej ocenioną.

Odwołujący pominął jednak dalszą treść wezwania, z którego wynika konieczność złożenia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej oraz opisu urządzeń technicznych, które nie są składane na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp.

Przywołanie błędnej podstawy prawnej nie jest jednoznaczne z uznaniem oferty za najwyższą ocenioną, tym bardziej że treść wezwania odnosi się do innego stanu faktycznego. Ponadto Odwołujący złożył dokumenty zgodnie z treścią wezwania, nie miał więc wątpliwości co do tego, jaką informację przekazał mu Zamawiający, pomimo wskazania niewłaściwej podstawy prawnej.

Wobec powyższego, zarzut jako nieudowodniony nie mógł zostać uwzględniony.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób uchylający zasadom przejrzystości i równego traktowania wykonawców (w konstrukcji którego, podobnie jak Zamawiający w wezwaniu z 12 lipca 2022 r.) Odwołujący powołał błędną podstawę prawną, ponieważ podniósł zarzut naruszenia zasady przejrzystości, o której mowa w art. 16 pkt 2) Pzp. Natomiast zgodnie z art. 16 pkt 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Pomimo błędnej podstawy prawnej Izba uznała, iż zarzut odnosi się do naruszenia zasady przejrzystości, bowiem wynika to z treści uzasadnienia.

Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odwołujący podnosi, że w treści uzasadnienia o odrzuceniu oferty nie ma informacji w jaki sposób Zamawiający dokonał analizy odległości, jakie przyjął założenia, jak ustalił pomiary, co de facto uniemożliwiło Odwołującemu weryfikację ustaleń dokonanych przez Zamawiającego.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego. Oczywiście, zawsze każde uzasadnienie może być bardziej rozbudowane. Jednakże ocenie podlega to, czy zawiera ono uzasadnienie faktyczne i prawne decyzji Zamawiającego, a takie informacje znalazły się w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. Z treści uzasadnienia wynika jednoznacznie jaki hotel (o jakiej nazwie i adresie) podlegał weryfikacji co do warunku dotyczącego lokalizacji, za pomocą jakich narzędzi (określonych w SWZ) pomiar ten został dokonany, oraz że w wyniku tej weryfikacji, ustalona odległość jest większa od wymaganej. Ponadto, wskazane informacje umożliwiły Odwołującemu sformułowanie zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Powyższe okoliczności, świadczą o niezasadności zarzutu.

W tym stanie rzeczy należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) oraz § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....