

Sygn. akt KIO/UZP 372/10

WYROK
z dnia 6 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Dagmara Gałczewska – Romek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm w składzie: G4S Security Sp. z o.o., G4S Security System (Polska) Sp. z o.o., G4S Security Services Sp. z o.o.** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej** protestu z dnia 18 lutego 2010 r.

przy udziale wykonawcy **Impel Security Polska Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;

2. kosztami postępowania obciąża **Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej, ul. Sobieskiego 277, 84-200 Wejherowo** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm w składzie: G4S Security Sp. z o.o., G4S Security System (Polska) Sp. z o.o., G4S Security Services Sp. z o.o.,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4444 zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej, ul. Sobieskiego 277, 84-200 Wejherowo** na rzecz **Konsorcjum firm w składzie: G4S Security Sp. z o.o., G4S Security System (Polska) Sp. z o.o., G4S Security Services Sp. z o.o.,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu, zaliczonych w poczet kosztów postępowania odwoławczego;
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm w składzie: G4S Security Sp. z o.o., G4S Security System (Polska) Sp. z o.o., G4S Security Services Sp. z o.o.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej, ul. Sobieskiego 277, 84-200 Wejherowo (dalej: „Zamawiający”) przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na "Usługę całodobowej ochrony fizycznej osób i mienia świadczonej na rzecz Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej przez specjalistyczną uzbrojoną formację ochronną (SUFO) dla obiektów 7906, 4033, 4613, 4388, 8646, 4388, 4180, nr sprawy: 1/CWTID/2010" na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), (dalej: „ustawa

Pzp”). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 stycznia 2010 r. pod numerem 2010/S 8-009529.

Pismem z dnia 10 lutego 2010 r. przesłanym tego samego dnia za pośrednictwem faksu Zamawiający zawiadomił Konsorcjum firm w składzie: G4S Security Sp. z o.o., G4S Security System (Polska) Sp. z o.o., G4S Security Services Sp. z o.o. z siedzibą, ul. Prosta 69 w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) o wykluczeniu wykonawcy Ekotrade Sp. z o.o. z postępowania oraz odrzuceniu oferty ww. wykonawcy, a także o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Impel Security Polska Sp. z o.o. z siedzibą ul. Ślężna 118 w Wrocławiu (dalej: „Przystępujący”).

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie poprzedzone protestem. Środki ochrony prawnej wniesione zostały w terminach ustawowych, ustalonych z uwzględnieniem art. 183 ust. 1 *in fine* ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) t.j. protest w dniu 18 lutego 2010 r., odwołanie nadane w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 4 marca 2010 r. Zachowany został warunek jednoczesności przekazania kopii odwołania Zamawiającemu – art. 184 ust. 2 Pzp.

Odwołujący się w proteście zarzucił Zamawiającemu:

- 1) zaniechanie wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2. pkt 2 ustawy Pzp,
- 2) zaniechanie nie uznania referencji przedłożonych przez Przystępującego (a wystawionych przez: Enea Operator sp. z o.o., Dyckerhoff Polska Sp. z o.o., Górażdże Cement sp. z o.o. Prokuraturę Okręgową w Poznaniu, Mondi Packaging Paper Świecie S.A.).

Uzasadniając zarzuty Odwołujący się podniósł, że Zamawiający wadliwie przyjął, że Przystępujący wykazał się zrealizowaniem usług ochrony fizycznej osób i mienia zrealizowanych przez pracowników Specjalistycznej Uzbrojonej Formacji Obronnej (dalej: „SUFO”). Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie trafnie uznał, iż Przystępujący zamieścił referencje jako usługi ochrony osób i mienia realizowane przez SUFO. Tym samym wedle wiedzy Odwołującego 5 usług wskazanych przez Przystępującego w załączniku nr 3 do oferty nie były *de facto* usługami SUFO.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający wybrał ofertę Przystępującego, która otrzymała łączną punktację w wysokości 95,01 pkt, w tym 15,00 pkt za kryterium doświadczenie. Oferta Odwołującego znalazła się na drugim miejscu otrzymując 94,71 pkt. Odwołujący podkreślał, iż otrzymał większą ilość punktów za kryterium ceny w stosunku do oferty Przystępującego, która została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Odwołujący stwierdził, że Przystępujący złożył w swojej ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania w wyniku czego podlega on, zdaniem Odwołującego wykluczeniu z

postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a tym samym jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 Ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1) wykluczenie Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2. pkt 2 ustawy Pzp,
- 2) w przypadku nie wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2. pkt 2 ustawy Pzp z ostrożności procesowej Odwołujący wniósł o nieuznanie referencji (wystawionych przez: Enea Operator sp. z o.o., Dyckerhoff Polska Sp. z o.o., Górażdze Cement sp. z o.o. Prokuraturę Okręgową w Poznaniu, Mondi Packaging Paper Świecie S.A.)
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto zdaniem Odwołującego Przystępujący w swoim wykazie wskazał realizację usług na rzecz firmy Enea Operator Sp. z o.o., natomiast list referencyjny wystawił Oddział Dystrybucji Zielona Góra ul. Zacisze 15, z Zielonej Góry. Dodatkowo zdaniem Odwołującego z informacji zamieszczonych w internecie dotyczących firmy Enea Operator spółka została zawiązana w dniu 7 grudnia 2006 roku, podczas gdy zgodnie z wykazem Przystępującego usługa ta realizowana jest od 29 grudnia 1995 r. do chwili obecnej.

Przystępujący przystąpił do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego w piśmie z dnia 22 lutego 2010 r. Wskazał on, iż w załączniku nr 3 do SIWZ, w kolumnie 5 tabeli przy każdej z referencji zapis „ochrona osób i mienia przez SUFO” nastąpiła w wyniku omyłki. Zdaniem Przystępującego powyższa omyłka jest bezsprzeczna, jednak nie jest to w żadnym przypadku nieprawdziwa informacja. Ponadto Przystępujący wskazał, iż w świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wykluczeniu może podlegać tylko wykonawca, który złoży nieprawdziwe informacje oraz informacje te będą miały wpływ na wynik postępowania. Zdaniem Przystępującego przesłanki zastosowania powyższego przepisu należy spełniać łącznie, tak aby można było wykluczyć wykonawcę na podstawie powyższego przepisu. Zdaniem Przystępującego w powyższym przypadku nie mamy do czynienia z przesłanką wpływu na wynik postępowania. Wedle twierdzeń Przystępującego nawet gdyby uznać tak jak twierdzi Odwołujący, iż wskazane usługi nie są usługami SUFO, to i tak Przystępujący spełnił warunki udziału w postępowaniu, a powyższe referencje będą i tak brane pod uwagę przy badaniu kryterium doświadczenia, ponieważ spełniają wymagania SIWZ w zakresie pozostałych referencji, t.j. usług powyżej 3.000.000 zł.

Zamawiający pismem z dnia 24 lutego 2010 r. rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie i tego samego dnia za pomocą faksu przekazał rozstrzygnięcie Odwołującemu. W uzasadnieniu Zamawiający oświadczył, iż cytowane przez Odwołującego brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 2 zostało nadane ustawą z dnia 4 września 2008 (Dz. U nr 171, poz. 1058).

Zamawiający poinformował Odwołującego, iż ustawodawca dokonał zmiany brzmienia art. 24 ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. nr 206, poz. 1591). Nowelizacja ustawy weszła w życie z dniem 22 grudnia 2009 r. Ze względu, iż postępowanie zostało wszczęte w dniu 13 stycznia 2010 r. dlatego też Odwołujący w proteście posłużył się błędną podstawą prawną, podstawą prawną w nieobowiązującym już jej brzmieniu. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący chcąc wskazać uchybienia Zamawiającego powinien był posłużyć się nowym brzmieniem art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, z którego wynika, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, że w niniejszym postępowaniu doszło do złożenia nieprawdziwych informacji. Zdaniem Zamawiającego z oferty Przystępującego wynika, że złożył on nie tylko dokumenty wymagane przez Zamawiającego ale również oświadczenia z art. 22 ustawy Pzp oraz dotyczące spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu oraz z art. 24 o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania. Oceniając postawiony przez Odwołującego zarzut, Zamawiający stwierdził, że art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje wykluczyć z postępowania wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. W ocenie Zamawiającego informacje nieprawdziwe w rozumieniu powołanego przepisu są to informacje przedstawiające odmienny stan rzeczy od stanu prawdziwego, które są złożone ze świadomością ich nieprawdziwości. Zdaniem Zamawiającego cechuje je umyślność i cel, jakim jest wprowadzenie w błąd adresata informacji, którym jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający. Zdaniem Zamawiającego, złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, powinna być czynnością dokonaną z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy też niedbalstwa. Zamawiający powołał się na orzecznictwo KIO, (w tym np. wyrok z dnia 20 marca 2009r., sygn. akt KIO/UZP 278/09).

Ponadto, jak wskazał w rozstrzygnięciu Zamawiający Przystępujący dokonał odmiennej do Odwołującego interpretacji zapisu zamieszczonego przez Zamawiającego w SIWZ. Zamawiający w załączniku nr 3 do SIWZ pod tabelą w punkcie 1 zapisał; „Aby wykaz spełniał wymagania Zamawiającego należy podać z okresu ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - z tego okresu, minimum dwa zamówienia na usługę ochrony osób i mienia o podobnym zakresie i charakterze o wartości min. brutto 3 000000 zł które, jak również i wszystkie inne należycie wykonane zamówienia o wartości powyżej 3 000 000 każde.

Przystępujący przystąpił do postępowania odwoławczego w piśmie z dnia 11 marca 2010 r. W powyższym piśmie Przystępujący potrzymał swoją argumentację zawartą w

przystąpieniu protestacyjnym. Ponadto Przystępujący podkreślił, iż w zaistniałym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z nieprawdziwymi informacjami, ponieważ powyższe informacje powinna cechować umyślność i cel, jakim jest świadome wprowadzenie w błąd adresata informacji. Ponadto Przystępujący wskazywał, iż wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy może nastąpić z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Tym samym Przystępujący nie miał celu w tym, aby wprowadzić w błąd Zamawiającego w zakresie referencji kwestionowanych przez Odwołującego. Ponadto Przystępujący na potwierdzenie swojego stanowiska przytoczył liczne orzecznictwo KIO w tym zakresie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdza, że czynnością, której dotyczy protest poprzedzający odwołanie jest zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania i dokonana w jej konsekwencji czynność wyboru oferty Przystępującego i uznania jej jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący w proteście zaskarżając czynność Zamawiającego polegającą na zaniechaniu wykluczenia Przystępującego z postępowania wskazał błędną podstawę prawną, zamiast powołać się na treść art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, nadanego nowelizacją z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. nr 206, poz. 1591), omyłkowo wskazał art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Nie ulega wątpliwości, iż przedmiotem zarówno protestu jak i odwołania jest czynność zaniechania wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, niż oferta wybrana, w rankingu ofert znalazł się na drugim miejscu, gdyż, wobec ustaleń rozdziału II pkt 12 SIWZ cena nie stanowiła jedyne kryterium oceny ofert. Zgodnie z ww. pkt SIWZ cena oferty brutto – waga kryterium – 85%, zaś doświadczenie w realizacji zadań ochronnych – waga kryterium – 15%. Odwołujący uzyskał 94,71 punktów,

zaś Przystępujący 95,01. Tym samym Odwołujący posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia.

Przedmiotem sporu jest prawidłowość oceny zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania w kontekście wymagań zawartych w rozdziale II pkt 1 SIWZ oraz potwierdzenie tych okoliczności w wykazie złożonym stosownie do wymagań określonych w załączniku nr 3 do SIWZ.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów w pierwszej kolejności, skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych:

W rozdziale I pkt 1.2 SIWZ Zamawiający ustalił, że warunkiem udziału w przetargu jest wykazanie się wykonaniem minimum 2 zamówień o wartości min. 3.000.000 zł brutto każde na usługę ochrony osób i mienia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zamawiający powołał się także na załącznik nr 3 do SIWZ. W załączniku nr 3 do SIWZ Zamawiający zawarł zapis, iż aby wykaz spełniał wymagania Zamawiającego należało podać z okresu ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – z tego okresu, minimum dwa zamówienia na usługę ochrony osób i mienia o podobnym zakresie i charakterze o wartości minimum brutto 3.000.000 zł każde, jak również i wszystkie inne należycie wykonane zamówienia o wartości powyżej 3.000.000 zł każde. W odpowiedzi na pytanie wykonawcy uczestniczącego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający doprecyzował, co rozumie pod pojęciem „usługi o podobnym zakresie i charakterze”. W wyjaśnieniach z dnia 27 stycznia 2010 r. Zamawiający wskazał, że przez usługi o podobnym zakresie i charakterze rozumie usługi realizowane przez pracowników SUFO posiadających broń i amunicję na ochranianym obiekcie. Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający w treści warunku wykazania się wykonaniem minimum 2 zamówień o wartości min. 3.000.000 zł brutto nie wskazał precyzyjnie, że do oceny przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu będzie brał pod uwagę tylko i wyłącznie usługi realizowane przez pracowników SUFO. Na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2010 r. Zamawiający oświadczył, iż do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu brał pod uwagę wyłącznie usługi realizowane przez pracowników SUFO.

Jak wynika z ustaleń Izby obaj wykonawcy, Odwołujący oraz Przystępujący w ocenie Zamawiającego spełnili postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu.

W następnej kolejności Zamawiający przystąpił do badania ofert pod względem postawionego w SIWZ kryterium oceny ofert. Izba ustaliła, że w niniejszym postępowaniu kryterium oceny ofert nie stanowiła wyłącznie cena. Jak wynika z pkt 12 rozdziału II („Opis kryteriów wyboru oferty”) oferty miały być oceniane według następujących kryteriów:

- Cena oferty brutto – waga kryterium – 85%,
- kryterium doświadczenie w realizacji zadań ochronnych – waga kryterium – 15%.

Za najkorzystniejszą ofertę miała zostać oferta, która uzyska największą ilość punktów na podstawie kryterium ceny oraz doświadczenia.

Jak wynika z ustaleń Izby, w niniejszym postępowaniu w świetle badania i oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego Odwołujący otrzymał 94,71 punktów, zaś Przystępujący otrzymał 95, 01 punktów. W świetle powyższego oferta Przystępującego została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Zdaniem Izby wykładnia postanowień SIWZ w kontekście treści załącznika nr 3 oraz modyfikacji postanowień SIWZ z dnia 27 stycznia 2010 r. nie wskazuje jednoznacznie że Zamawiający do oceny kryterium doświadczenia w realizacji usług ochronnych (podobnie jak w przypadku oceny warunku) brał pod uwagę wszelkiego rodzaju usługi o charakterze ochronnym, nie zaś tylko i wyłącznie usługi realizowane przez pracowników SUFO. Wedle wyjaśnień Zamawiającego złożonych na rozprawie do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu brał on pod uwagę usługi realizowane przez pracowników SUFO, zaś dokonując oceny kryterium oceny ofert - doświadczenia brał on pod uwagę wszelkiego rodzaju usługi o charakterze ochronnym.

Izba ustaliła na podstawie złożonej oferty Przystępującego, że w przedmiotowym postępowaniu Przystępujący w załączniku nr 3 – w wykazie zrealizowanych usług wykazał się zrealizowaniem 23 usług, wskazując jednocześnie że wszystkie powyższe usługi były usługami realizowanymi przez pracowników SUFO. Jak wskazał Zamawiający na rozprawie do oceny kryterium doświadczenia badając ofertę Przystępującego uznał 17 usług. Ponadto skład orzekający Izby ustalił, że z 17 usług wskazanych przez Przystępującego 5 z nich zostało zakwestionowanych przez Odwołującego. Jak wynika z ustaleń Izby, co potwierdził również Przystępujący na rozprawie, w przystąpieniu do postępowania odwoławczego oraz protestacyjnego w swoim wykazie błędnie wskazał, iż wszystkie usługi wskazane przez niego w wykazie były usługami realizowanymi przez SUFO. Przystępujący potwierdził, że 5 usług wskazanych przez niego w wykazie nie było realizowanych przez pracowników SUFO,

co jak wskazał było nieumyślnym błędem. Tym samym bezsporne jest, iż w niniejszym postępowaniu zostały złożone nieprawdziwe informacje.

Z wykazu przedłożonego przez Przystępującego wynika, iż wykazał się on usługą realizacji zadań ochronnych SUFO na rzecz Enea Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. Jak wynika, z referencji załączonych przez Przystępującego, (co również podniósł Odwołujący w proteście i odwołaniu) powyższa referencja jest wystawiona przez Oddział w Zielonej Górze oraz podpisana przez jej pracownika, nie zaś przez Enea Operator Sp z o.o. z Poznania. Na rozprawie Zamawiający oraz Przystępujący wskazywali, iż sporna referencja nie jest niewłaściwa, ponieważ istotna jest jej treść a nie wystawca referencji. Ponadto Zamawiający wskazywał również, iż podważane referencje Enea Operator Sp z o.o. Zamawiający przyjął ze względu na fakt, iż powstał zdaniem Zamawiającego nowy podmiot z związku z uwolnieniem rynku energetycznego.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu złożenia w przedmiotowym postępowaniu nieprawdziwych informacji skład orzekający Izby stwierdził, iż bezspornym jest, iż Przystępujący wykazał się („wykaz wykonanych zamówień na usługi całodobowej ochrony fizycznej osób i mienia”) 23 usługami, wskazując jednocześnie, że wszystkie były realizowane przez SUFO. Spośród 17 usług uznanych przez Zamawiającego 5 usług, (co potwierdził również na rozprawie Przystępujący) nie było realizowanych przez SUFO. Powyższa okoliczność nie była przez strony kwestionowana. Przystępujący jednak argumentował, iż powyższe wskazanie nie było celowe, był to jedynie błąd Przystępującego a ponadto w świetle postanowień specyfikacji do oceny kryterium – doświadczenie w realizacji zadań ochronnych Zamawiający brał pod uwagę realizację wszystkich zadań, nie zaś zadań realizowanych przez pracowników SUFO. Tym samym nie ulega wątpliwości, iż 5 usług wskazanych w wykazie przez Przystępującego, de facto nie były usługami zaliczanymi do SUFO. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „nieprawdziwych informacji”. Pojęcie „prawdy” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”) – wyrok SN z dnia 5 kwietnia 2002 r., II CKN 10095/99). Na rozprawie oraz w przystąpieniu do protestu Przystępujący przyznał, iż 5 wskazanych przez niego usług nie było realizowanych przez SUFO. Tym samym powyższe informacje nie były zgodne ze stanem faktycznym.

Następnie odnosząc się do argumentu Zamawiającego, że powyższa informacja nie miała wpływu na wynik przedmiotowego postępowania należy na wstępie przypomnieć, iż

ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. nr 206, poz. 1591) dokonano zmiany treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z nowym brzmieniem, zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Podstawą wykluczenia z postępowania jest nie tylko informacja, która ma wpływ na wynik postępowania, ale także taka która może mieć taki wpływ na jego wynik.

Nie ulega wątpliwości, iż informacje podane przez Przystępującego w wykazie załączonym do oferty niewątpliwie miały wpływ na wynik postępowania, skoro Zamawiający po zapoznaniu się z tymi informacjami, stwierdził, że Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu. Ponadto powyższe informacje miały również wpływ na pozostałe etapy postępowania, t.j. na badanie kryterium doświadczenia (jako jednego z kryterium oceny ofert).

Należy zauważyć, iż z załącznika nr 3 do SIWZ wynika, że aby wykaz spełniał wymagania Zamawiającego należało podać do okresu ostatnich 3 lat 2 zamówienia na ochronę osób i mienia o podobnym zakresie i charakterze. Tym samym biorąc pod uwagę powyższy zapis, odpowiedź na pytanie z dnia 27 stycznia 2010 r. oraz treść ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu Izba ustaliła, że Zamawiający do oceny kryterium doświadczenia zobowiązał się (podobnie jak przy ocenie warunku) brać pod uwagę usługi SUFO. Przyjęcie odmiennego rozumienia zapisów SIWZ mogłoby, zdaniem Izby prowadzić do dowolności Zamawiającego przy jej interpretacji zaraz po otwarciu ofert w przedmiotowym postępowaniu. Skoro Zamawiający zdecydował się na przyznawanie dodatkowych punktów za doświadczenie w realizacji zadań ochronnych, informacje zawarte przez Przystępującego w wykazie niewątpliwie miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania, ponieważ uzależniały udział tego wykonawcy w następnym etapie postępowania a także decydowały o jego pozycji, t.j. uznaniu bądź nie jego oferty jako najkorzystniejszej. Powyższe potwierdza również fakt, iż różnica punktów pomiędzy ofertą Odwołującego a Przystępującego była niewielka. W ocenie składu orzekającego, niecelowe jest badanie czy złożenie nieprawdziwych informacji wynika z winy umyślnej Przystępującego. Taka interpretacja powyższego przepisu prowadziłaby do tego, iż w większości wypadków powyższy zapis byłby co do zasady martwy. Skoro Przystępujący jako podmiot profesjonalny zdecydował się przygotować i złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu oraz podać powyższe informacje w wykazie to należy uznać, iż zostały one podane przez niego celowo. Waga informacji zawartych w wykazie jest na tyle istotna, iż ma wpływ na wynik przedmiotowego postępowania – zakwalifikowanie wykonawcy jako spełniającego warunek oraz przyznanie mu dodatkowych punktów przy ocenie ofert. Zatem zdaniem Izby ziściła się przesłanka z

art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – Przystępujący, zdaniem Izby podlega wykluczeniu na tej podstawie.

Ponadto nie można zgodzić się z Zamawiającym oraz Przystępującym, iż przy badaniu i ocenie ofert nie ma znaczenia kto jest wystawcą referencji. Izba ustaliła, że Przystępujący podał w załączonym do oferty wykazie usługi realizowane na rzecz Enea Operator Sp z o.o. z Poznania, jednakże na tą okoliczność przedstawił referencje wystawione przez Oddział w Zielonej Górze. Powyższa okoliczność nie została przez Zamawiającego wyjaśniona. Ponadto należy zauważyć, iż w związku z tym, iż kryterium oceny ofert stanowiło również doświadczenie, w przypadku nieuznania powyższej referencji Odwołujący otrzyma większą ilość punktów. Nietrafny jest również pogląd wyrażony przez Przystępującego, iż istotna jest treść referencji nie zaś jej wystawca. Nie ulega wątpliwości, iż w świetle przepisów ustawy Pzp to na zamawiającym ciąży obowiązek wyjaśniania wątpliwości powstałych w toku prowadzonego postępowania. Na powyższe wskazuje treść art. 26 ust. 3 i 4 oraz 89 ust. 1 oraz 2 ustawy Pzp.

Stwierdzone naruszenia mają istotny wpływ na wynik postępowania. W związku z tym Izba na podstawie art. 191 ust. 1 oraz art. 191 ust. 1a Pzp uwzględniła odwołanie. Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp Izba nakazała unieważnienie czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazała powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe i zgromadzony w sprawie materiał dowodowy skład orzekający Izby stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przywoływanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 i 1 a Pzp.

Uwzględniając powyższe Izba działając na podstawie art. 191 ust. 1 oraz ust. 1a ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosowanie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....