

Sygn. akt: KIO/409/11

## WYROK

z dnia 14 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**

Protokolant: **Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 28 lutego 2011 r. przez **STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Jednostka Wojskowa Nr 4392 Nowy Glinnik, 97-217 Lubochnia,**

przy udziale **Konsorcjum w składzie: Agencja Ochrony Osób i Mienia „Guard Srevice” sp. z o.o. (lider), Guard Systemy sp. z o.o. z siedzibą lidera ul. Tatrzańska 6a, 60-413 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa** i nakazuje:
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych kwotę w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa** na rzecz **Jednostki Wojskowej Nr 4392 Nowy Glinnik, 97-217 Lubochnia,** stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione przez stronę z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

**Przewodniczący:**

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Jednostka Wojskowa Nr 4392 w Nowym Glinniku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup usługi ochrony wykonywanej przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne SUFO”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 stycznia 2011 r. pod nr 2011/S 6-008619.

Wykonawca STEKOP S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia STEKOP S.A. z postępowania i odrzucenia złożonej przez odwołującego oferty.

STEKOP S.A. zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 92 ust. 1 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej Pzp, przez bezpodstawne uznanie, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, nierówne traktowanie wykonawców w związku z wykluczeniem odwołującego z postępowania, a tym samym dokonanie z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wyboru oferty najkorzystniejszej, brak podania uzasadnienia faktycznego w decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania. Z ostrożności odwołujący zarzucił naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, w wyniku zaniechania precyzyjnego wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów oraz zaniechania żądania wyjaśnień treści dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie – dokonania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów, powtórzenie czynności oceny ofert, dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł konsekwentnie w uzasadnieniu, że zamawiający nie podał uzasadnienia faktycznego wykluczenia odwołującego z postępowania. W szczególności zamawiający nie uzasadnił dlaczego złożony dokument – koncesja MSWiA nie potwierdza, w ocenie zamawiającego, spełniania warunku udziału w postępowaniu. Brak ten uniemożliwia odwołującemu precyzyjne odniesienie się do motywów i przesłanek decyzji zamawiającego.

Wskazał, że zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu użył określenia „aktualna” koncesja, podczas gdy zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane, zamawiający żąda „koncesji, zezwolenia lub licencji”. Rozporządzenie nie wprowadza pojęcia „aktualna” koncesja, której niezłożenie w ofercie było przyczyną wykluczenia odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z przepisami ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia, w szczególności art. 16, 19 i 22, złożona w ofercie koncesja Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 12 maja 2000 r. Nr L-0668/00 wydana dla STEKOP S.A. jest ważna. Koncesja ta nigdy nie została cofnięta, została złożona w ofercie wraz ze stosownymi decyzjami MSWiA wydanymi do koncesji, brak jest zatem przesłanek do uznania, iż odwołujący nie wykazał na dzień złożenia oferty spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że złożony dokument koncesji był przedmiotem wyjaśnień, do złożenia których zamawiający wezwał odwołującego pismem z dnia 11 lutego 2011 r. w związku z faktem, że w Decyzji Nr 8 do koncesji L-0668/00 pan Artur K. został wskazany jako prokurent, podczas gdy aktualnie pełni funkcję członka zarządu. Odwołujący pismem z dnia 11 lutego 2011 r. udzielił wyjaśnień i jednocześnie przedłożył zamawiającemu skierowane do MSWiA w dniu 29 grudnia 2011 r. zawiadomienie o zmianach zaistniałych w spółce wraz z wnioskiem o dokonanie stosownych zmian w koncesji. Odwołujący dopełnił wymagań wynikających z art. 18 ust. 3 ustawy o ochronie osób i mienia i zgłosił organowi koncesyjnemu zmiany zaistniałe w spółce. Termin wydania decyzji organu koncesyjnego, uwzględniającego ostatecznie zmiany w spółce, jest całkowicie niezależny od odwołującego. Do czasu wydania tej decyzji dokument koncesji Nr L-0668/00 z dnia 12 maja 2000 r. wraz z ośmioma przedłożonymi decyzjami wydanymi do ww. koncesji stanowi ważną koncesję spełniającą wymagania przepisów ustawy Pzp i rozporządzenia. Odwołujący podkreślił, iż na podstawie koncesji jest przez cały czas jest uprawniony do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie ochrony osób i mienia.

Odwołujący podniósł, że zamawiający przed wykluczeniem odwołującego nie podjął działania zmierzającego do pełnego wyjaśnienia omówionych okoliczności. Zdaniem wykonawcy, zamawiający powinien wezwać go ponownie do złożenia wyjaśnień bądź do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Konsorcjum: Agencja Ochrony Osób i Mienia „Guard Service” sp. z o.o. (lider), Guard Systemy sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący nie przedstawił w przystąpieniu argumentacji.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone w toku rozprawy przez strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż odwołujący posiada legitymację, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniającą do wniesienia odwołania. Odwołujący złożył ofertę i ubiegał się o udzielenie zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, w wyniku wykluczenia z postępowania. W przypadku przywrócenia wykonawcy do postępowania mogłaby zaistnieć okoliczność, iż to odwołujący uzyskałby zamówienie. Nie można wykluczyć bowiem sytuacji, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia lub nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wówczas oferta odwołującego (druga w kolejności według kryteriów oceny ofert) może zostać wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza bez przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert (art. 94 ust. 3 Pzp).

Izba uznała, że Konsorcjum: Agencja Ochrony Osób i Mienia „Guard Service” sp. z o.o., Guard Systemy sp. z o.o. skutecznie przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający składając wyjaśnienia na rozprawie oświadczył, iż uznaje za słuszny zarzut podniesiony w odwołaniu dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, przez wykluczenie odwołującego z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień (aktualnej koncesji) do prowadzenia działalności gospodarczej ochrony osób i mienia. W powyższym zakresie zamawiający przyznał słuszność argumentacji odwołującego. Zamawiający podniósł jednocześnie, że mimo słuszności zarzutu odwołanie powinno podlegać oddaleniu, gdyż odwołujący nie zgłosił w odwołaniu żądania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wyjaśnił, że według kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta odwołującego nie może podlegać uznaniu za najkorzystniejszą, gdyż mogłaby uzyskać maksymalnie drugą w kolejności pozycję w rankingu ofert. Ofertą najkorzystniejszą nadal pozostanie oferta złożona przez Konsorcjum: Agencja Ochrony Osób i Mienia „Guard Service” sp. z o.o., Guard Systemy sp. z o.o.

Wobec uznania przez zamawiającego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, Izba uznała, że zarzut potwierdził się. W konsekwencji Izba stwierdziła, że potwierdził się

także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w wyniku uznania, że oferta złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania podlega odrzuceniu, a także zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, przez niezachowanie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na skutek nieuzasadnionego wykluczenia odwołującego z postępowania. Potwierdzenie się zarzutów jak wyżej oznacza, że wykluczenie odwołującego z postępowania należy uznać za bezprawne, a tym samym oferta odwołującego powinna podlegać badaniu i ocenie w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

W przypadku stwierdzenia przez Izbę, że nastąpiło naruszenie przepisów wskazanych w odwołaniu, zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba zobowiązana jest do badania, czy stwierdzone naruszenie miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia gdyż tylko w takim bowiem przypadku Izba może uwzględnić odwołanie. Zważywszy na obowiązek wynikający z ww. przepisu Izba dokonała oceny czy stwierdzone w niniejszym postępowaniu naruszenie przepisów ustawy Pzp, wskazane powyżej, miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła, że zamawiający określił w siwz trzy kryteria oceny ofert: cena - z wagą 85%, doświadczenie w ochronie osób i mienia - z wagą 10% oraz świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego drugiego stopnia oraz certyfikowanego systemu teleinformatycznego umożliwiającego przetwarzanie informacji o klauzuli „poufne” – z wagą 5%.

Odwołujący zaoferował najniższą cenę, jednak tylko nieznacznie niższą niż przystępujący i w tym kryterium może uzyskać 85 pkt (w porównaniu do 84,42 pkt dla oferty przystępującego). W kryterium - „świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego drugiego stopnia oraz certyfikowanego systemu teleinformatycznego umożliwiającego przetwarzanie informacji o klauzuli „poufne” – odwołujący może uzyskać 5 pkt, tj. taką samą liczbę punktów jak pozostali wykonawcy (maksymalna liczba punktów). Wobec powyższego, decydujące znaczenie dla pozycji oferty odwołującego w rankingu ofert ma kryterium „doświadczenia”. Odwołujący złożył 19 referencji podlegających ocenie w tym kryterium, podczas gdy wykonawca, którego oferta została wybrana – 41 (na 45 złożonych). Wobec uzyskania przez przystępującego maksymalnej ilości punktów (10 pkt), odwołujący może uzyskać 4,63 pkt. Łącznie odwołujący może uzyskać zatem 94,63 pkt, podczas gdy oferta najkorzystniejsza – 99,42 pkt.

Powyższe potwierdza, że oferta odwołującego w ramach kryteriów oceny ofert ustalonych przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie może uzyskać

punktacji wyższej niż oferta przystępującego. Oferta odwołującego nie mogła i nadal nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Należało zatem uznać, że stwierdzone przy rozpoznawaniu odwołania naruszenie przepisów ustawy Pzp nie miało wpływu na wybór oferty Konsorcjum Agencja Ochrony Osób i Mienia „Guard Service” sp. z o.o., Guard Systemy sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, a przywrócenie odwołującego do postępowania i poddanie oferty odwołującego ocenie nie może wpłynąć na zmianę wyniku postępowania, tj. na fakt, iż nadal ofertą najkorzystniejszą pozostanie oferta złożona przez przystępującego.

Odwołujący nie podnosił w toku rozprawy, iż obliczona przez zamawiającego punktacja jest nieprawidłowa. Twierdził jedynie, że nie dokonywał samodzielnie obliczeń ilości punktów, które powinny być przyznane jego ofercie, a wobec braku formalnie potwierdzonej przez zamawiającego oceny oferty, wnioski co do wyników tej oceny są przedwczesne, ponieważ odwołującemu przysługuje prawo wniesienia odwołania wobec tej czynności.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego należy wyjaśnić, że dokonana w toku rozprawy ocena nie zastępuje oficjalnej oceny ofert, która jest dokonywana przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu, a została jedynie przeprowadzona na potrzeby postępowania odwoławczego w celu ustalenia możliwości wpływu stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy Pzp na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp Izba uznała, że zarzut powyższy jest niezasadny. W przekazanej odwołującemu informacji o wykluczeniu z postępowania zamawiający podał zarówno podstawę prawną jak i faktyczną wskazując, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w związku z warunkiem przedłożenia przez wykonawcę aktualnej koncesji w zakresie świadczenia usług ochrony i mienia. Uzasadnienie faktyczne zostało ujęte w zwięzłej formie, co nie oznacza, że uniemożliwia wykonawcy odniesienie się do decyzji zamawiającego. Należy zauważyć, że uzasadnienie decyzji o wykluczeniu pozostaje w powiązaniu z treścią wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień. Nie sposób zatem uznać, że omawiana decyzja nie zawierała uzasadnienia umożliwiającego odwołującemu odniesienia się w odwołaniu do motywów i przesłanek decyzji zamawiającego.

Biorąc za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....