Sygn. akt. KIO/UZP 1446/07

WYROK/~~POSTANOWIENIE~~*
z dnia 27.12.2007 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**

Członkowie: **Barbara Bettman**
Marek Koleśnikow

Protokolant: **Natalia Mierzicka**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu / ~~w dniach~~* 27.12.2007 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**EKOTRADE" Sp. z o.o. z Warszawy, ul. Prosta 2/14** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Obsługi Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi z Warszawy, ul. Wspólna 30** protestu / ~~protestów~~* z dnia 19.11.2007 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego xxx po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie

2. unieważnia postępowanie

3. kosztami postępowania obciąża **Zakład Obsługi Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi z Warszawy, ul. Wspólna 30**
i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 3.156 zł o gr (słownie: trzy tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy)
z kwoty wpisu uiszczonego przez „**EKOTRADE" Sp. z o.o. z Warszawy, ul. Prosta 2/14**

2) dokonać wpłaty kwoty 3.156 zł 0 gr (słownie: trzy tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) przez **Zakład Obsługi Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi z Warszawy, ul. Wspólna 30** na rzecz „**EKOTRADE" Sp. z o.o. z Warszawy, ul. Prosta 2/14**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania

3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,

4) dokonać zwrotu kwoty 16.844 zł 0 gr (słownie: szesnaście tysięcy osiemset czterdzieści cztery złote zero groszy)
z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**EKOTRADE" Sp. z o.o. z Warszawy, ul. Prosta 2/14**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Zakład Obsługi Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 39 i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, nr 223 poz.1655) postępowanie na usługę całodobowej, fizycznej ochrony oraz monitoringu elektronicznego osób i mienia w budynku Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi.

W dniu 13 listopada 2007 roku Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty złożonej przez Konsorcjum Agencja Ochrony Skorpion Security Sp. z o. o – Solid Security Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum). Na tę czynność Zamawiającego w dniu 20 listopada 2007 roku protest wniósł Ekotrade Sp. z o.o. zarzucając Zamawiającemu dodatkowo również zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą. Podniesione w proteście zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1,2 i 5 ustawy protestujący uzasadniał w ten sposób, że przede wszystkim:

- Konsorcjum w załączniku Nr 2 do oferty przedstawiło 4 obiekty, które nie podlegały obowiązkowej ochronie w okresie wymaganym przez Zamawiającego. Tym samym

Konsorcjum dopuściło się poświadczenia nieprawdy w celu uzyskania większej ilości punktów przy ocenie ofert,
- Konsorcjum w postępowaniu w odniesieniu do części prezentowanych w wykazie usług podało dane m.in. odnoszące się do okresu obowiązywania umowy oraz jej wartości odmienne niż w innych postępowaniach, gdzie prezentowane były te same usługi.

Powołując się na zarzuty i okoliczności wskazane w proteście Ekotrade Sp. z o. o wniósł o:
- powtórne dokonanie czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu,
- uznanie za nieważną czynność Zamawiającego polegającą na wyborze oferty Konsorcjum,
- wykluczenie Konsorcjum i uznanie jego oferty za odrzuconą,
- wybór oferty Ekotrade Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający protest rozstrzygnął w dniu 26 listopada 2007 roku oddalając go. W uzasadnieniu wywiódł (powołując się również na stanowisko Konsorcjum zawarte w jego przystąpieniu do postępowania protestacyjnego w dniu 23 listopada 2007 roku), iż Ekotrade Sp. z o.o. nie posiada interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. Na poparcie tego twierdzenia wskazał, że z uwagi na podniesienie przez protestującego zarzutów w odniesieniu jedynie do 4 ujętych w wykazie obiektów, to nawet w przypadku ich potwierdzenia, oferta Konsorcjum w wyniku oceny ponownie zostałaby uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Nie zgadzając się z tym rozstrzygnięciem Ekotrade Sp. z o.o. w dniu 30 listopada wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Kwestionując argumentację Zamawiającego Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożona przez niego oferta znajduje się na drugim miejscu i po wykluczeniu Konsorcjum byłaby ofertą najkorzystniejszą.
W odwołaniu, podtrzymując zarzuty zawarte w proteście oraz polemizując z wywodem Zamawiającego, Odwołujący wniósł o:
- unieważnienie czynności wyboru ofert,
- sprawdzenie prawdziwości oferty Konsorcjum,
- odrzucenie oferty Konsorcjum,
- dokonanie czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody z: dokumentacji postępowania, oryginałów ofert złożonych w postępowaniu oraz wysłuchała strony postępowania.

Na tej podstawie zważyła i ustaliła, co następuje.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w DzOPUE w dniu 4 października 2007 roku pod numerem 2007/S 191-232758.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający w Rozdziale XIV Kryteria oceny ofert i ich znaczenie oraz sposób oceny ofert w pkt 3 wskazał, iż jednym z kryteriów będzie :"Liczba budynków użyteczności publicznej podlegających obowiązkowej ochronie, chronionych przez Wykonawcę w ramach należycie wykonanych lub wykonywanych zamówień w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, polegających na stałej całodobowej bezpośredniej ochronie fizycznej oraz monitoringu elektronicznym osób i mienia w tych budynkach – waga 10%."

Ocena oferty w powyższym kryterium nastąpi w oparciu o stosowny wykaz „wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do formularza ofertowego". Wykonawca, który potwierdzi największą liczbę budynków chronionych w ramach należycie wykonanych lub wykonywanych zamówień w badanym okresie otrzymania 10 punktów natomiast pozostali odpowiednio mniej według wzoru wskazanego w siwz.

Opisane przez Zamawiającego kryterium oceny ofert odsyła do ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 roku o ochronie osób i mienia (Dz. U. Nr 114, poz. 740 ze zm.). Stanowi ona, iż:

Art. 5. 1. Obszary, obiekty i urządzenia ważne dla obronności, interesu gospodarczego państwa, bezpieczeństwa publicznego i innych ważnych interesów państwa podlegają obowiązkowej ochronie przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne lub odpowiednie zabezpieczenie techniczne.

2. Do obszarów, obiektów i urządzeń, o których mowa w ust. 1, należą:

1) w zakresie obronności państwa w szczególności:

a) zakłady produkcji specjalnej oraz zakłady, w których prowadzone są prace naukowo-badawcze lub konstruktorskie w zakresie takiej produkcji,

b) zakłady produkujące, remontujące i magazynujące uzbrojenie, urządzenia i sprzęt wojskowy,

c) magazyny rezerw państwowych,

2) w zakresie ochrony interesu gospodarczego państwa w szczególności:

a) zakłady mające bezpośredni związek z wydobyciem surowców mineralnych o strategicznym znaczeniu dla państwa,

b) porty morskie i lotnicze,

c) banki i przedsiębiorstwa wytwarzające, przechowujące bądź transportujące wartości pieniężne w znacznych ilościach,

3) w zakresie bezpieczeństwa publicznego w szczególności:

a) zakłady, obiekty i urządzenia mające istotne znaczenie dla funkcjonowania aglomeracji miejskich, których zniszczenie lub uszkodzenie może stanowić zagrożenie dla życia i zdrowia ludzi oraz środowiska, w szczególności elektrownie i ciepłownie, ujęcia wody, wodociągi i oczyszczalnie ścieków,

b) zakłady stosujące, produkujące lub magazynujące w znacznych ilościach materiały jądrowe, źródła i odpady promieniotwórcze, materiały toksyczne, odurzające, wybuchowe bądź chemiczne o dużej podatności pożarowej lub wybuchowej,

c) rurociągi paliwowe, linie energetyczne i telekomunikacyjne, zapory wodne i śluzy oraz inne urządzenia znajdujące się w otwartym terenie, których zniszczenie lub uszkodzenie może stanowić zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzi, środowiska albo spowodować poważne straty materialne,

4) w zakresie ochrony innych ważnych interesów państwa w szczególności:

a) zakłady o unikalnej produkcji gospodarczej,

b) obiekty i urządzenia telekomunikacyjne, pocztowe oraz telewizyjne i radiowe,

c) muzea i inne obiekty, w których zgromadzone są dobra kultury narodowej,

d) archiwa państwowe.

3. Szczegółowe wykazy obszarów, obiektów i urządzeń, o których mowa w ust. 2, sporządzają: Prezes Narodowego Banku Polskiego, Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, ministrowie, kierownicy urzędów centralnych i wojewodowie w stosunku do podległych, podporządkowanych lub nadzorowanych jednostek organizacyjnych. Umieszczenie w wykazie określonego obszaru, obiektu lub urządzenia następuje w drodze decyzji administracyjnej.

4. Wykazy, o których mowa w ust. 3, Prezes Narodowego Banku Polskiego, Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, ministrowie i kierownicy urzędów centralnych przesyłają do właściwych terytorialnie wojewodów oraz bieżąco aktualizują.

5. Wojewodowie prowadzą ewidencję obszarów, obiektów i urządzeń podlegających obowiązkowej ochronie, znajdujących się na terenie województwa. Ewidencja ma charakter poufny.

6. Wojewoda, w drodze decyzji administracyjnej, może umieścić w ewidencji, o której mowa w ust. 5, znajdujące się na terenie województwa obszary, obiekty i urządzenia innych podmiotów niż określone w ust. 3.

Z przytoczonego przepisu wynika, iż prowadzona przez wojewodów ewidencja budynków użyteczności publicznej podlegających obowiązkowej ochronie ma charakter poufny,

stanowiący tajemnicę służbową w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 22 stycznia 1999 roku o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2005 roku, Nr 196, poz. 1631).

Na rozprawie Zamawiający oświadczył, że ten fakt powoduje, iż nie jest możliwe dokonanie przez niego weryfikacji wykazu budynków użyteczności publicznej podlegających obowiązkowej ochronie oraz, że oceny ofert w oparciu o przedmiotowe kryterium dokonał wyłącznie na podstawie oświadczeń i dokumentów złożonych w postępowaniu.

Na podstawie powyższego wyjaśnienia, złożonego na rozprawie Izba stwierdziła, że ustalenie sposobu oceny ofert przez Zamawiającego jest w tym kryterium wadliwe. Uniemożliwia bowiem dokonanie rzeczywistej oceny ofert przez Zamawiającego, w oparciu o dane, które mogłyby być poddane weryfikacji.

Zamawiający ustalając w SIWZ kryteria, jakimi będzie się kierował przy ocenie ofert, winien sformułować je w sposób umożliwiający ich rzetelną i zgodną z przepisami prawa weryfikację. Odwołanie się do informacji, które stanowią tajemnicę służbową uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie takiej czynności, gdyż jak sam przyznał nie ma dostępu do listy budynków użyteczności publicznej podlegających obowiązkowej ochronie.

Powyższe wskazuje również, że możliwość kontroli czynności Zamawiającego przez Wykonawców biorących udział w postępowaniu jest w znacznym stopniu utrudnionia lub wręcz niemożliwa.

Ponadto Wykonawcy mają ograniczone możliwości zadośćuczynienia wymaganiom przepisu art. 188 ust. 1 ustawy, przez pozbawienie możliwości przytaczania w pełnym zakresie dowodów, z których wywodzą skutek prawny w postaci konieczności wykluczenia Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Wskazać należy, iż zakres dowodu w odniesieniu do ww. przepisu ustawy obejmuje wykazanie przesłanek złożenia nieprawdziwych informacji, wpływu złożonych informacji na wynik postępowania oraz związku przyczynowo-skutkowego między wskazanymi przesłankami.

Z uwagi na wynikający z przepisów prawa poufny charakter ewidencji Odwołujący nie był w stanie w pełnym zakresie (tzn. w odniesieniu do wszystkich budynków co do których powziął wątpliwość, iż nie podlegają obowiązkowej ochronie) skutecznie wykazać jednej z przesłanek określonych w ww. przepisie tzn. faktu nieprawdziwości informacji złożonych przez Konsorcjum w postępowaniu, a zatem wpływu na ocenę punktową danej oferty.

Należy mieć na względzie, iż ustalone w tym brzmieniu kryterium oceny ofert utrudnia uczciwą konkurencję między wykonawcami oraz sprzyja ich nierównemu traktowaniu

Tym samym nie jest możliwa pełna realizacja podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na względzie powyższe Izba stwierdziła, iż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego i zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 oraz art. 191 ust. 3 zd. 2 ustawy należy je unieważnić.
W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 3 i ust. 3 ustawy uwzględniła odwołania i unieważniła przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia.
O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie*~~ - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**

Przewodniczący:

……

Członkowie:
……

……

_____

* *niepotrzebne skreślić*