

WYROK
z dnia 15 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Członkowie: Klaudia Szczytowska – Maziarz
Renata Tubisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **Polis Security Glob Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Sąd Administracyjny w Szczecinie**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Wojewódzkiemu Sądowi Administracyjnemu w Szczecinie unieważnienie czynności przesłania wykonawcom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej datowanej na 18 grudnia 2020 r. oraz dokonanie ponownej czynności przesłania wykonawcom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z podaniem szczegółowego uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Sąd Administracyjny w Szczecinie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Polis Security Glob Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie na rzecz Polis Security Glob Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę zł 11 100 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i 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:.....

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 3421/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Sąd Administracyjny w Szczecinie prowadzi postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego na „usługę ochrony osób i mienia w obiektach Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie wraz z terenem przynależnym do nieruchomości” na podstawie art. 138o ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 7 grudnia 2020 r. w Biuletynie Informacji Publicznej oraz 7 grudnia 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 763066. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. § 1 pkt 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 grudnia 2017 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 2479).

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – Polis Security Glob sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy,

2. art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego zawarcia w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji, a także podania należytego uzasadnienia faktycznego i prawnego, w konsekwencji uniemożliwiając oferentom zweryfikowanie i skuteczne kwestionowanie dokonanego przez Zamawiającego wyboru poprzez wniesienie odwołania.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

i w razie dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty poinformowanie wykonawców o tym wyborze w sposób zgodny z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. z podaniem szczegółowego uzasadnienia faktycznego i prawnego oraz

o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że oferty na wykonanie zamówienia złożyły trzy podmioty: Biuro Ochrony Alkon Sp. z o.o. na kwotę 540.796,76 zł; Polis Security Glob Sp. z o.o. na kwotę 544.760,60 zł; wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia SIGN Polska Sp. z o.o., Agencja Ochrony VEGA Security Sp. z o.o., EKOTRADE Sp. z o.o. na kwotę 587.691,93 zł.

Zgodnie z rozdziałem XIII ogłoszenia o zamówieniu publicznym Zamawiający przy wyborze oferty miał kierować się kryterium ceny – 80% oraz doświadczeniem wykonawcy – 20%, przydzielając oferentom punkty zgodnie ze wskazanym w ogłoszeniu sposobem obliczeń.

21 grudnia 2020 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację o dokonaniu wyboru oferty, w której Zamawiający

poinformował, że dokonał wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SIGN Polska Sp. z o.o., Agencja Ochrony VEGA Security Sp. z o.o., EKOTRADE Sp. z o.o. na kwotę 587,691,93 zł – zatem wybór najdroższej oferty, pomimo wskazania, że na usługę Zamawiający postanawia przeznaczyć kwotę 587.423,50 zł. Przy tym Zamawiający nie wskazał, jaką punktację przydzielił każdej z ofert, a uzasadnienie wyboru oferty sprowadzało się jedynie do lakonicznego wskazania, że wybrana oferta spełnia wymogi wskazane z ogłoszeniu o zamówieniu publicznym. W ocenie Odwołującego się takie postępowanie Zamawiającego jest niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zastosowanie kryteriów oceny ofert ma kluczowe znaczenie dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w efekcie – dla interesów wszystkich wykonawców ubiegających się o dane zamówienie. Dlatego też, w celu zapewnienia ochrony tych interesów i realizacji zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawodawca nałożył na zamawiających obowiązek informowania wykonawców o czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. Wykonawca nie może bowiem zadbać o swoje interesy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli nie ma dostępu do wiedzy, która oferta została uznana za najkorzystniejszą, ile otrzymała punktów i dlaczego otrzymała taką a nie inną liczbę punktów. W konsekwencji, jeżeli wykonawca nie ma dostępu do takiej wiedzy, nie są realizowane podstawowe zasady udzielania zamówień, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także nie ma możliwości realnego skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż nie ma możliwości postawienia zarzutów wobec czynności, której podstawy dokonania nie są wykonawcy znane. Powyższe zaś, wobec niemożności realnej weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego, może doprowadzić do udzielenia zamówienia wykonawcy, który w ogóle nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, co stanowi pogwałcenie kolejnej zasady, wyrażonej w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym kompletne i rzetelne poinformowanie wykonawców o tym, dlaczego dany wykonawca uzyskał w kryteriach oceny ofert określoną liczbę punktów, stanowi czynnik niezbędny do realizacji ww. zasad, jak też realizacji prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej. Niepełne uzasadnienie faktyczne i prawne informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty jest więc naruszeniem nie tylko art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale także ww. zasad.

Nie ulega wątpliwości, że brak wskazania przez Zamawiającego informacji o punktach przyznanych ofertom oraz należytego uzasadnienia dokonanego wyboru oferty uniemożliwia Odwołującemu weryfikację prawidłowości czynności, a tym samym Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o uzyskanie wglądu do dokumentacji oferentów, jednak do dnia złożenia odwołania ich nie uzyskał.

Naruszenie ww. przepisów może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Dlatego też zasadnym jest uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

i w razie dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty – poinformowanie wykonawców o tym wyborze w sposób zgodny z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. z podaniem szczegółowego uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Podczas posiedzenia i rozprawy przez Izba Odwołujący stwierdził, że odwołanie mu przysługuje, ponieważ dotyczy wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Zgodnie z orzecznictwem, gdyby odwołanie nie przysługiwało, to nie byłoby żadnej kontroli nad wydatkowanymi środkami publicznymi.

Odwołujący wskazał, że w piśmie z 22 grudnia 2020 r. Zamawiający nie wskazał, w jaki sposób została przyznana punktacja za doświadczenie i z jakich powodów uwzględnił tylko 9 referencji (usług) Odwołującego i aż 57 referencji (usług) wybranego wykonawcy. Zamawiający nie prosił też Odwołującego o żadne wyjaśnienia dotyczące złożonych przez niego referencji. Pismo to Zamawiający przesłał dopiero po wniesieniu kopii odwołania do Zamawiającego. Odwołujący musiał złożyć odwołanie, ponieważ upływał termin na jego wniesienie.

Nie jest jego rolą zgadywanie, co oznaczają „znacзки” postawione na ofercie konkurenta. Oczekiwał od Zamawiającego konkretnej informacji, za jakie usługi została przyznana punktacja i dlaczego. Wgląd do oferty wybranej (skan oferty) uzyskał dopiero 23 grudnia 2020 r. Zamawiający nie wyjaśnił także, dlaczego wybrał ofertę, pomimo że jej cena przekraczała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

Wskazał, iż Zamawiający zakończył umowę z Odwołującym 31 grudnia 2020 r.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania wskazując, iż jest ono prowadzone na podstawie art. 138o ustawy Prawo zamówień publicznych, a od postępowań prowadzonych zgodnie z tym przepisem odwołanie nie przysługuje.

W drugiej kolejności wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Zgodnie z art. 138o ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający ma obowiązek poinformowania o wyborze oferty i zawarciu umowy.

W dniu 21 grudnia 2020 r. Odwołujący otrzymał kopię oferty wybranej, w której na wykazie usług przy każdej pozycji Zamawiający postawił symbol „V” (tzw. „ptaszek”) lub przekreślił daną usługę. Zatem Odwołujący powinien się z tego zorientować, które usługi zostały uznane. Przyznał, że w stosunku do swojej oferty Odwołujący takiej informacji nie otrzymał.

Natomiast 22 grudnia 2020 r. Odwołujący otrzymał pismo z dalszą informacją o przyznanej punktacji.

Zamawiający wskazał, że do końca stycznia 2021 r. została zawarta tymczasowa umowa z wybranym wykonawcą.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający podniósł, iż odwołanie podlega odrzuceniu, ponieważ jest ono prowadzone na podstawie art. 138o ustawy Prawo zamówień publicznych, a od postępowań prowadzonych zgodnie z tym przepisem odwołanie nie przysługuje.

Zamawiający jednak nie podał podstawy prawnej, z której wywodzi takie stanowisko, jak też Izba takiej podstawy prawnej nie znalazła.

Przywołany art. 138o ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje jedynie, że:

„1. Jeżeli wartość zamówienia na usługi społeczne jest mniejsza niż kwoty określone w art. 138g ust. 1, zamawiający może udzielić zamówienia stosując przepisy ust. 2-4.

2. Zamawiający udziela zamówienia w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący.

3. Zamawiający zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej

Biuletynu Informacji Publicznej, na stronie internetowej, ogłoszenie o zamówieniu, które zawiera informacje niezbędne z uwagi na okoliczności jego udzielenia, w szczególności:

- 1) termin składania ofert uwzględniający czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty;
- 2) opis przedmiotu zamówienia oraz określenie wielkości lub zakresu zamówienia;
- 3) kryteria oceny ofert.

4. Niezwłocznie po udzieleniu zamówienia zamawiający zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej na stronie internetowej, informację o udzieleniu zamówienia, podając nazwę albo imię i nazwisko podmiotu, z którym zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego. W razie nieudzielenia zamówienia zamawiający niezwłocznie zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej na stronie internetowej, informację o nieudzieleniu zamówienia."

Odnosząc się do całości regulacji zawartej w rozdziale „Zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi”, tj. art. 138 g-138s ustawy Prawo zamówień publicznych, można wskazać, że ustawodawca nie wyłączył stosowania działu VI ustawy Prawo zamówień publicznych „Środki ochrony prawnej” (dotyczącego też odwołań) dla zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, co wynika wprost z art. 138l ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie zrobił tego także w art. 138o ustawy Prawo zamówień publicznych, o czym świadczy jednoznacznie jego treść przywołana powyżej. Izba nie znalazła również podstawy do odrzucenia odwołania wskazanej w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z dyspozycją tego przepisu Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:

- 1) w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy;
- 2) odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony;
- 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;
- 4) odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się;
- 5) odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu;
- 6) w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2;
- 7) odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5.

Jak wynika z przepisów wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 grudnia 2017 r.

w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, § 1 pkt 5, ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty: a) 750.000 euro – w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, b) 1.000.000 euro – w przypadku zamówień sektorowych.

Art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zatem, zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie przysługuje m.in. wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W przedmiotowej sprawie Izba uznała, że norma art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych obejmuje swoim zakresem także czynność zamawiającego polegającą na poinformowaniu wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia fakt, że uzyskanie przez wykonawcę kompletnej informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty jest niezbędne nie tylko do tego, aby wykonawca dowiedział się, jakie były podstawy uznania danej oferty za najkorzystniejszą, ale także do tego, aby mógł skutecznie kwestionować dokonany przez zamawiającego wybór oferty poprzez wniesienie odwołania. Uzyskanie pełnej informacji o podstawie wyboru najkorzystniejszej oferty jest bowiem czynnikiem niezbędnym do tego, aby przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych nie był martwy, ale by realnie stanowił podstawę do korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. Nie znając sposobu przyznawania punktów w ramach kryteriów oceny ofert wykonawca w oczywisty sposób nie jest w stanie skutecznie kwestionować wyboru najkorzystniejszej oferty.

W przypadku uznania, że w postępowaniach o wartości „podprogowej” nie jest dopuszczalne wniesienie odwołania na czynność poinformowania lub zaniechania poinformowania o wyborze najkorzystniejszej oferty, możliwe byłyby sytuacje, w których zamawiający, dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem zasad postępowania i uniemożliwiając wykonawcom weryfikację prawidłowości dokonania wyboru poprzez brak uzasadnienia czynności, rażąco naruszałoby podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, czyli przejrzystość postępowania i uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami.

Zatem, aby wykonawcy mogli realnie korzystać z przewidzianego przez ustawodawcę w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych prawa wniesienia odwołania na wybór najkorzystniejszej oferty, prawo to należy rozumieć także jako obejmujące swoją normą kwestię uzasadnienia informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odnosząc się merytorycznie do postawionych zarzutów Izba stwierdziła, że czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera podstawowe zasady prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia, zgodnie z którymi 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.

Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

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

2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,

3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty,

a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,

4) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu,

5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,

6) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,

7) unieważnieniu postępowania

– podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron przedstawionych w pismach procesowych i podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła na wstępie, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów odwołania, tj. treść przekazanych Odwołującemu przez Zamawiającego pism i innych dokumentów postępowania, nie jest sporny między Stronami.

Zamawiający ustalił dwa kryteria oceny ofert: cena 80 % oraz doświadczenie wykonawcy 20% (pkt IV.2 ogłoszenia w BZP i rozdział XIII ogłoszenia w BIP).

Zgodnie z rozdziałem XIII ogłoszenia zawartego w BIP kryterium doświadczenia dotyczyło doświadczenia wykonawcy w wykonaniu lub wykonywaniu usług ochrony fizycznej odpowiadających wymaganiom określonym w rozdziale V pkt 3 ppkt 3) lit. a) ogłoszenia

o zamówieniu. Zamawiający do oceny miał brać pod uwagę ilość wykonanych/wykonywanych usług wskazanych w ofercie, z zastrzeżeniem, że punkty przyznawane będą za ilość zamówień przekraczających wymaganą w opisie warunków udziału w postępowaniu, na podstawie dokumentów wymaganych w warunkach udziału w postępowaniu.

W „Informacji o wyborze oferty” datowanej na 18 grudnia 2020 r. zamawiający wskazał jedynie, iż wybrał ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SIGN Polska Sp. z o.o., Agencja Ochrony VEGA Security Sp. z o.o., EKOTRADE Sp. z o.o., która to oferta spełnia wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego, ujęte w ustawie Prawo zamówień publicznych i w ogłoszeniu o zamówieniu oraz została oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o przyjęte kryteria oceny ofert, wskazane w rozdziale XIII ogłoszenia o zamówieniu.

Następnie, pismem z 22 grudnia 2020 r. (jak podnosił Odwołujący, informacja ta została mu przekazana dopiero po złożeniu u Zamawiającego kopii odwołania), Zamawiający poinformował Odwołującego dodatkowo o sposobie przyznania punktów.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z rozdziałem XIII ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu na potrzeby przyznania punktacji w kryterium doświadczenia wykonawcy mieli wykazać usługi ochrony fizycznej inne niż wskazane w załączniku nr 5, odpowiadające wymaganiom Zamawiającego określonym w rozdziale V pkt 3 ppkt 3) lit. a) ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający do oceny przyjął wyłącznie usługi spełniające ww. wymogi, a więc polegające na ochronie fizycznej mienia z wykorzystaniem monitoringu i wsparciem grupy interwencyjnej oraz z usługą portierską, świadczone w obiektach wymiaru sprawiedliwości lub administracji publicznej, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert oraz trwające nie krócej niż 12 miesięcy. Największa liczba usług wykonanych/wykonywanych wskazana w ofertach niepodlegających odrzuceniu wynosi 57.

Odwołujący otrzymał 80 punktów w kryterium ceny oraz 3,16 (tj. $9/57 \times 20$) w kryterium doświadczenia, łącznie 83,16; natomiast wykonawca SIGN Polska Sp. z o.o., Agencja Ochrony VEGA Security Sp. z o.o., EKOTRADE Sp. z o.o. 74, punktów w kryterium ceny

i 20 punktów ($57/57 \times 20$) w kryterium doświadczenia, łącznie 94,16 punktów. Trzecia ze złożonych ofert została odrzucona.

Jak wynika z treści odwołania, odwołanie odnosi się do czynności przekazania przez Zamawiającego informacji datowanej na 18 grudnia 2020 r., jednak, zgodnie z dyspozycją art. 191 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba, wydając wyrok, wzięła pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (odwoławczego), zatem również treść kolejnej informacji datowanej na 22 grudnia 2020 r. i dokonała jej oceny pod kątem wpływu na wynik postępowania (o udzielenie zamówienia publicznego), zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba odniosła się wyłącznie do zarzutów wskazanych w odwołaniu, stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, zawierającego zakaz orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym Izba nie rozpoznawała przedstawionych w piśmie procesowym Odwołującego zastrzeżeń co do dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert.

Odwołujący w swoim odwołaniu wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przepisy art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszą się do całości regulacji zawartej w ustawie Prawo zamówień publicznych, a więc także art. 138o tej ustawy, choć zostały częściowo powtórzone w art. 138o ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Natomiast sam art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma do tych postępowań bezpośredniego zastosowania, co wynika nie tylko wprost z treści art. 138o ustawy Prawo zamówień publicznych, ale także *per analogiam* z art. 138l i art. 138m ustawy Prawo zamówień publicznych wskazujących, które przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych do postępowań na usługi społeczne „powyżej progów” się stosuje. Tym samym zakres ich zastosowania do przepisów „poniżej progów” jako mniej istotnych i o mniej skomplikowanej procedurze, nie powinien być większy.

Nie zmienia to jednak faktu, że – choć zamawiający ma w przypadku tego typu zamówień większą dowolność w ustalaniu zasad prowadzenia postępowania niż w przypadku standardowych postępowań – art. 138o ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga od zamawiającego udzielenia zamówienia w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący. Natomiast, w ocenie Izby, nie można mówić o przejrzystości postępowania czy obiektywizmie w działaniu zamawiającego, jeśli zainteresowanym wykonawcom nie podano tak podstawowej informacji w postępowaniu, jak powody wyboru danej oferty. Zatem dla zachowania powyższych zasad, niezależnie od konkretnego wskazania w przepisach, konieczna jest faktyczna realizacja obowiązku wskazania punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności.

Tym samym, nawet jeśli nie można wprost powołać art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jako podstawy prawnej obowiązku Zamawiającego, nie zmienia to faktu, że taki obowiązek wynika dla Zamawiającego już choćby z art. 138o ust. 2 ustawy

Prawo zamówień publicznych i został on naruszony.

Przy czym, w ocenie Izby, zakres informacji wskazany w informacji z 22 grudnia 2020 r. nadal jest niewystarczający, gdyż Zamawiający wskazał tam przyznaną wykonawcom punktację, jednak nie jej uzasadnienie, czyli wskazanie, dlaczego u jednego z wykonawców do obliczeń punktacji przyjął 57 usług, u drugiego zaś 9 usług. Także przekazanie Odwołującemu kopii oferty wybranego wykonawcy z oznaczeniem poszczególnych usług znakiem „V” lub przekreśleniem – pomijając, iż nastąpiło dopiero w terminie późniejszym niż pierwsza informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej – jest informacją jedynie częściową (nie dotyczy bowiem uzasadnienia oceny oferty Odwołującego) oraz co najwyżej domniemaną, gdyż Odwołujący może jedynie zakładać, że oznaczenie to oznacza usługi zaakceptowane i niezaakceptowane przez Zamawiającego w ramach oceny.

Nie ma wątpliwości, że jawność podstawy wyboru danej oferty stanowi jeden z filarów przejrzystości postępowania, uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, ich równego (niedyskryminującego i niefaworyzującego) traktowania oraz obiektywizmu w działaniu zamawiającego (jeśli nie wyklucza, to przynajmniej utrudnia jego subiektywne czy preferujące działanie). Dlatego na zamawiających w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zostały nałożone liczne obowiązki informacyjne.

Każdy zamawiający, stosując kryteria oceny ofert, decyduje o tym, która oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą spośród złożonych ofert. Zastosowanie kryteriów oceny ma więc kluczowe znaczenie dla wyniku postępowania, a w efekcie – dla interesów wszystkich wykonawców ubiegających się o dane zamówienie. Dlatego też, w celu zapewnienia ochrony tych interesów i realizacji zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (oraz analogicznie art. 138o ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), zamawiający ma obowiązek informowania wykonawców o czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Bez dostępu zainteresowanych wykonawców do wiedzy, która oferta została uznana za najkorzystniejszą, ile otrzymała punktów i dlaczego otrzymała taką, a nie inną liczbę punktów, nie są bowiem realizowane podstawowe zasady udzielania zamówień i cele prowadzenia publicznego postępowania o udzielenie takiego zamówienia, a w dalszej kolejności nie ma także możliwości realnego korzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż nie ma możliwości postawienia zarzutów wobec czynności, której podstawy dokonania nie są znane. Powyższe zaś, wobec niemożności realnej weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego, może doprowadzić do udzielenia zamówienia wykonawcy, który w ogóle nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, co stanowi pogwałcenie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym kompletne i rzetelne poinformowanie wykonawców o tym, dlaczego dany wykonawca uzyskał w kryteriach oceny ofert określoną liczbę punktów, stanowi czynnik niezbędny do realizacji ww. zasad, jak też realizacji prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, które to prawo nie może być ograniczone przez zamawiającego wbrew dyspozycji art. 138o ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w swoim stanowisku powołał się na zakres informacji, o którym mowa w art. 138o ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy jednak zauważyć, że dyspozycja tego przepisu brzmi: „Niezwłocznie po udzieleniu zamówienia zamawiający zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej na stronie internetowej, informację o udzieleniu zamówienia, podając nazwę albo imię i nazwisko podmiotu, z którym zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego.” Tym samym jest to obowiązek analogiczny do wskazanego w art. 95 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. ogłoszenie do nieokreślonych odbiorców o zawarciu umowy po jej zawarciu, a nie informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej skierowana do wykonawców biorących udział w postępowaniu.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji, nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności przesłania wykonawcom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej datowanej na 18 grudnia 2020 r. (była to bowiem informacja, do której odnosiło się odwołanie) oraz dokonanie ponownej czynności przesłania wykonawcom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z podaniem szczegółowego uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności. Przy czym Izba wskazuje, że – jak już stwierdziła powyżej – zakres informacji z 22 grudnia 2020 r. również był niewystarczający

w zakresie uzasadnienia oceny ofert w kryterium doświadczenia obu wykonawców.

Izba nie uwzględniła żądania dotyczącego nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, ponieważ Odwołujący w odwołaniu nie zakwestionował tych czynności.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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) oraz § 1 pkt 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 grudnia 2017 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2017 r., poz. 2479), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 7.500 złotych oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600 złotych.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....