Sygn. akt: KIO 137/22

WYROK

z dnia 4 lutego 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lutego 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2022 roku przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie:

(1) Basma Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,
(2) Cerber Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Liw

(Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Skarb Państwa, Sąd Okręgowy w Warszawie z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: (1) Ekotrade Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w

Warszawie - (Lider), (2) Ekotrade Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie postępowania na

podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp;

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Skarb Państwa, Sąd Okręgowy w Warszawie z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie:
(1) Basma Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, (2) Cerber Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Liw tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego - Skarbu Państwa, Sądu Okręgowyego w Warszawie z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie:

(1) Basma Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, (2) Cerber Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Liw kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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:

Sygn. akt KIO 137/22

UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarb Państwa, Sąd Okręgowy w Warszawie z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usługi ochrony na potrzeby Sądu Okręgowego w Warszawie". Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 211-554205 z dnia 29 października 2021 roku.

Dnia 17 stycznia 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na

podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) (zwanej dalej „Pzp"), odwołanie w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: 1) Basma Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, 2) Cerber Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Liw, dalej jako „Odwołujący".

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. od:

a) czynności badania i oceny złożonych ofert, a w konsekwencji czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Ekotrade Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - lider, Ekotrade Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - partner, (zwane dalej „EKOTRADE" lub „konsorcjum") jako najkorzystniejszej oferty w części I i II postępowania,

b) czynności przyznania ofercie złożonej przez EKOTRADE 20 punktów w ramach kryterium „Najkrótszy termin na zapewnienie obsługi dodatkowego punktu ochrony/zwiększenia składu osobowego posterunku" (T),

c) z ostrożności - zaniechania unieważnienia postępowania w sytuacji uznania przez Izbę, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący postawił następujące zarzuty naruszenia:

a) art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 239 ustawy Pzp poprzez brak prowadzenia

postępowania w sposób przejrzysty, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty EKOTRADE i przyznanie tej ofercie 20 punktów w ramach kryterium „Najkrótszy termin na zapewnienie obsługi dodatkowego punktu ochrony/zwiększenia składu osobowego posterunku" (T),

b) zarzut ewentualny - art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 255 pkt 6) ustawy Pzp

poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji uznania, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
a) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy EKOTRADE jako najkorzystniejszej,

b) dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert, w tym przyznania ofercie EKOTRADE 10 punktów w ramach kryterium „Najkrótszy termin na zapewnienie obsługi dodatkowego punktu ochrony/zwiększenia składu osobowego posterunku" (T),

c) dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

d) ewentualnie - unieważnienia postępowania w sytuacji, gdyby postępowanie obarczone było niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę, bowiem w przypadku przyznania ofercie wykonawcy EKOTRADE 10 punktów w ramach kryterium „Najkrótszy termin na zapewnienie obsługi dodatkowego punktu ochrony/zwiększenia składu osobowego posterunku" (T), to właśnie jego oferta w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert byłaby ofertą najkorzystniejszą. Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). Naruszenie wskazanych przepisów nPzp miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Z ostrożności Odwołujący podniósł również, iż posiada interes w unieważnieniu postępowaniu. Sytuacja taka mogłaby zaistnieć w przypadku uznania przez Izbę lub Zamawiającego, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący, za wyrokiem Izby z dnia 27 września 2018 r., sygn. akt KIO 1759/18, wskazuje, że: „wykonawca ma interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, nawet jeśli następstwem uwzględnienia odwołania byłoby unieważnienie postępowania. W wyroku wydanym w sprawie C689/13 Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazał, że wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej nawet w sytuacji, gdy skutkiem uwzględnienia takiego środka miałoby być unieważnienia postępowania. Wówczas wykonawcy mogą ubiegać się o to zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu, w którym każdy z oferentów mógłby wziąć udział i w ten sposób pośrednio je otrzymać".

Zamawiający pismem z dnia 05.01.2022 r. zawiadomił, że o wyborze oferty najkorzystniejszej w części I i II zamówienia. Oznacza to, że odwołanie wniesiono z zachowaniem ustawowego terminu. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 239 ustawy Pzp

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału IX SWZ „kryteria i sposób oceny ofert", Zamawiający w kryterium „najkrótszy termin na zapewnienie obsługi dodatkowego punktu ochrony/zwiększenia składu osobowego posterunku" (T) (waga 20%) określił następujący sposób przyznawania punktów:

- do 6 godzin od momentu zgłoszenia przez Zamawiającego na piśmie konieczności utworzenia dodatkowego posterunku/zwiększenia składu osobowego posterunku - 20 pkt,

- od 6 godzin do 12 godzin od momentu zgłoszenia przez Zamawiającego na piśmie konieczności utworzenia dodatkowego posterunku/zwiększenia składu osobowego posterunku - 10 pkt,

- od 12 godzin do 20 godzin od momentu zgłoszenia przez Zamawiającego na piśmie konieczności utworzenia dodatkowego posterunku/zwiększenia składu osobowego posterunku - 5 pkt.

Taki sposób sformułowania przez Zamawiającego zasad oceny ofert w tym kryterium winien wzbudzić szczególną czujność po stronie wykonawców i skutkować należytą starannością przy składaniu oferty. Jeśli wykonawca chciał otrzymać maksymalną ilość punktów w przedmiotowym kryterium, musiał zaoferować w składanej ofercie albo nie dłużej

niż 5 godzinny czas na zapewnienie obsługi dodatkowego punktu ochrony/zwiększenia składu osobowego posterunku, albo posłużyć się dokładnie takim przedziałem czasowym, jaki narzucił Zamawiający w kryterium tj. „do 6 godzin".

Jeśli zaś wykonawca chciał otrzymać 10 punktów w przedmiotowym kryterium, winien zadeklarować w ofercie przetargowej czas na poziomie 6, 7, 8, 9, 10 albo 11 godzin, bądź też posłużyć się przedziałem czasowym użytym przez Zamawiającego, tj. „od 6 do 12 godzin".

Zamawiający jest zobowiązany do równego traktowania wykonawców oraz oceny na równych zasadach dokumentów złożonych w postępowaniu, zaś obowiązkiem wykonawcy jest złożenie oferty, w której deklaracje uprawniające do uzyskania punktów w ramach kryteriów oceny ofert są jednoznaczne, nie budzące wątpliwości.

Wykonawca EKOTRADE jest profesjonalistą działającym na rynku usług ochrony, tym samym to wyłącznie na nim spoczywała odpowiedzialność za poprawne złożenie ofert, a w szczególności prawidłowe określenie w pkt 6 Formularza ofertowego (Załącznik Nr 3 do SWZ, Załącznik Nr 2 do umowy) terminu zapewnienia obsługi dodatkowego punktu ochrony/zwiększenia składu osobowego posterunku od momentu zgłoszenia przez Zamawiającego.

Wykonawca EKOTRADE w złożonej ofercie zadeklarował 6 - godzinny termin zapewnienia obsługi dodatkowego punktu ochrony/zwiększenia składu osobowego posterunku od momentu zgłoszenia przez Zamawiającego, co w świetle wyżej podanych zasad oceny ofert w tym kryterium oznacza, iż jego oferta winna otrzymać w tym kryterium jedynie 10 punktów. Tymczasem, jak wynika z zestawienia punktacji przyznanej poszczególnym ofertom, oferta wykonawcy EKOTRADE otrzymała, zdaniem Odwołującego w sposób nieuprawniony, maksymalną ilość punktów.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, zaś zgodnie z ust. 2 przepisu najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Ponieważ oferta wykonawcy EKOTRADE bezpodstawnie otrzymała maksymalną ilość punktów w kryterium (T), uznać należy, że Zamawiający błędnie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Jako najkorzystniejszą ofertę Zamawiający winien wybrać ofertę Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert przyjętych przez Zamawiającego, i jest jednocześnie ofertą odpowiadającą warunkom zamówienia.

Odnosząc się do kwestii nierównego traktowania wykonawców Odwołujący podnosił, iż niektórzy z wykonawców w sposób prawidłowy i profesjonalny podeszli w swoich ofertach do deklarowania terminu zapewnienia obsługi dodatkowego punktu ochrony/zwiększenia składu osobowego posterunku. Przykładowo, wykonawca Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. zadeklarował w formularzu oferty termin do 6 godzin, czyli posłużył się terminologią użytą przez Zamawiającego w SWZ, zakreśloną dla pierwszej grupy (przedziału), za którą przysługiwała maksymalna ilość 20 punktów. Analogicznie postąpił Odwołujący, zaś wykonawca Civis Polska Sp. z o.o. zadeklarował w formularzu oferty termin 5 godzin. W świetle powyższego, potraktowanie na równi wykonawców, którzy zadeklarowali termin „5 godzin", „do 6 godzin" oraz „6 godzin", stanowi naruszenie przez Zamawiającego zasad wyrażonych w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz zasad przyznawania punktów określonych w SWZ.

<u>Zarzut ewentualny - naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 255 pkt 6) ustawy Pzp</u>

Zamawiający ujął w treści SWZ określony sposób przyznawania punktów w kryterium „Najkrótszy termin na zapewnienie obsługi dodatkowego punktu ochrony/zwiększenia składu osobowego posterunku".

Na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła zaprezentowanej wyżej argumentacji Odwołującego co do wadliwego przyznania maksymalnej ilość punktów ofercie wykonawcy EKOTRADE w tym kryterium, Odwołujący wskazał, iż wówczas zastosowana przez Zamawiającego metodologia oceny ofert w postępowaniu musi zostać potraktowana jako błędna i wywołująca wadę prowadzonego postępowania.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy czym niemożliwa do usunięcia wada, uniemożliwiająca zawarcie

niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, jest związana z zaistnieniem m.in. przesłanek unieważnienia umowy określonych w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. udzielenia zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy.

W przypadku odmiennej wykładni zasad oceny oferty dokonanej przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania należy przyjąć, że kształt sposobu oceny ofert w kryterium „Najkrótszy termin na zapewnienie obsługi dodatkowego punktu ochrony/zwiększenia składu osobowego posterunku" (T) dopuszcza przyznawanie różnej ilości punktów przy zadeklarowaniu terminu wynoszącego 6 i 12 godzin. Jak wynika z treści złożonych ofert oraz punktacji przyznanej przez Zamawiającego w postępowaniu, okoliczność ta wprost przekłada się na wynik prowadzonego postępowania.

Obowiązkiem Zamawiającego jest sporządzenie jednoznacznego i precyzyjnego SWZ, w którym zostanie zawarty opis sposobu oceny ofert w poszczególnych kryteriach. Brak tej jednoznaczności i precyzji (liczba 6 godzin występuje zarówno w pierwszym, jak i drugim przedziale „punktowym", zaś liczba 12 - w drugim i trzecim przedziale) stanowi wadę postępowania. Kontynuowanie postępowania w obecnej formie narusza zasady prawa krajowego, celowości wydatkowanych funduszy publicznych, a także zasady równego traktowania i zakazu dyskryminacji, co ma przesądzający wpływ na wynik postępowania.

W sytuacji uznania przez Izbę, iż sposób oceny ofert w kryterium „Najkrótszy termin na zapewnienie obsługi dodatkowego punktu ochrony/zwiększenia składu osobowego posterunku" (T) został ukształtowany nieprawidłowo, konieczne staje się więc nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane

merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem zainteresowanym udziałem w postępowaniu i uzyskaniem zamówienia, złożył ofertę w postępowaniu. Proces badania i oceny ofert przeprowadzony przez Zamawiającego i wybór jako najkorzystniejszej oferty innego Wykonawcy, uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia i może również skutkować poniesieniem szkody przez Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: (1) Ekotrade Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz (2) Ekotrade Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner)- (dalej jako „Przystępujący" lub „konsorcjum Ekotrade"). Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego złożył również wykonawca Civis Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ząbkach. Izba nie dopuściła wykonawcy zgłaszającego przystąpienie, bowiem utracił on status wykonawcy. Zgłaszający przystąpienie został przez Zamawiającego wykluczony a jego oferta odrzucona. Na powyższą czynność złożono odwołanie, jednak podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej złożył oświadczenie o jego wycofaniu przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy. Postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 146/22 zakończyło się wydaniem postanowienia o umorzeniu postępowania. W związku z powyższym w dacie wydania przywołanego postanowienia Izby podmiot przestał czynnie uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czyli utracił status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a czynności dokonane przez Zamawiającego w stosunku do tego podmiotu, uprawomocniły się. Oznacza to, że Wykonawca nie może wykazać interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłasza przystąpienie, nie bierze on już udziału w postępowaniu. Jakiekolwiek czynności, które mogą być skutkiem orzeczenia Izby w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym wobec takiego podmiotu mają charakter indyferentny.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej na nośniku elektronicznym przez Zamawiającego Izba ustaliła, że:

W Rozdziale IX. KRYTERIA I SPOSÓB OCENY OFERT Specyfikacji Warunków

Zamówienia (dalej jako „SWZ") Zamawiający ustalił następujące kryteria oceny oferty:

Kryteriami oceny ofert w zakresie części nr I-II są:

a) cena ofertowa - waga kryterium 60%,

b) posiadany certyfikat - waga kryterium 20%,

c) najkrótszy termin na zapewnienie obsługi dodatkowego punktu ochrony/zwiększenia składu osobowego posterunku - waga kryterium 20%.

Ocena ofert będzie dokonywana w zakresie każdego kryterium w następujący sposób:

a) cena ofertowa (C):

Liczba punktów, którą można uzyskać w ramach tego kryterium, zostanie obliczona wg wzoru:

C = Cab/Can x100 x 60 %

gdzie: C - ilość punktów za cenę ofertową

Can - najniższa proponowana cena

Cab - cena oferty badanej,

60% - waga kryterium cena ofertowa.

W przedmiotowym kryterium Wykonawca może otrzymać maksymalnie 60 pkt.

b) posiadany certyfikat (P):

Liczba punktów, którą można uzyskać w ramach tego kryterium zostanie przyznana w przypadku, gdy Wykonawca wraz z ofertą złoży aktualny dokument - certyfikat ISO 9001:2015 potwierdzający system zarządzania jakością w organizacji Wykonawcy w zakresie ochrony osób i mienia, wydany przez jednostkę oceniającą zgodność w rozumieniu art. 105 ust. 2 ustawy.

Punkty w niniejszym kryterium zostaną przyznane Wykonawcy na podstawie złożonego dokumentu, a także informacji wskazanych przez niego w formularzu ofertowym, z zastrzeżeniem poniższych zapisów.

W przypadku zaznaczenia przez Wykonawcę rubryki, lecz nie załączenia do oferty wskazanego dokumentu, Zamawiający przyjmie, iż nie posiada on danego certyfikatu i Wykonawca otrzyma 0 punktów. Zamawiający nie będzie wzywał Wykonawcy do złożenia, czy też uzupełnienia dokumentu.

W sytuacji, gdy Wykonawca wraz z ofertą złoży dokument, który utracił swoją ważność, nie zostaną mu przyznane punkty w przedmiotowym kryterium. Zamawiający nie będzie wzywał Wykonawcy do uzupełnienia dokumentu.

W sytuacji, gdy Wykonawca załączy aktualny dokument, lecz nie dokona zaznaczenia w formularzu ofertowym, Zamawiający dokona poprawienia oświadczenia Wykonawcy, a następnie przyzna mu punkty w ramach tego kryterium.

W przedmiotowym kryterium Wykonawca może otrzymać maksymalnie 20 pkt.

c) najkrótszy termin na zapewnienie obsługi dodatkowego punktu ochrony/zwiększenie składu osobowego posterunku (T):

Zamawiający w kryterium najkrótszy termin na zapewnienie obsługi dodatkowego punktu ochrony/zwiększenie składu osobowego posterunku będzie oceniał ilość godzin (czas)

niezbędnych do zapewnienia obsługi dodatkowego punktu ochrony/zwiększenia składu osobowego posterunku, liczonych od momentu zgłoszenia przez Zamawiającego mailem konieczności utworzenia dodatkowego posterunku/zwiększenia składu osobowego posterunku.

Punkty w niniejszym kryterium będą przyznawane następująco:

- do 6 godzin od momentu zgłoszenia przez Zamawiającego na piśmie konieczności utworzenia dodatkowego posterunku/zwiększenia składu osobowego posterunku - 20 pkt,

- od 6 godzin do 12 godzin od momentu zgłoszenia przez Zamawiającego na piśmie konieczności utworzenia dodatkowego posterunku/zwiększenia składu osobowego posterunku - 10 pkt,

- od 12 godzin do 20 godzin od momentu zgłoszenia przez Zamawiającego na piśmie konieczności utworzenia dodatkowego posterunku/zwiększenia składu osobowego posterunku - 5 pkt.

Zamawiający dopuszcza maksymalny termin na zapewnienie obsługi dodatkowego punktu ochrony/zwiększenie składu osobowego posterunku, tj. 24 godziny.

W przypadku, gdy Wykonawca w ofercie zaoferuje termin, powyżej 20 godzin otrzyma w kryterium najkrótszy termin na zapewnienie obsługi dodatkowego punktu ochrony/zwiększenia składu osobowego posterunku - 0 pkt.

Nie dopuszcza się wskazania innego terminu niż wyrażonego w godzinach, oraz terminu dłuższego niż 24 godziny.

W przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje termin na zapewnienie obsługi dodatkowego punktu ochrony/zwiększenia składu osobowego wyrażony inaczej niż liczbowo w godzinach, Zamawiający jeśli będzie taka możliwość, dokona przeliczenia na pełne godziny, a jeśli nie, przyjmie, że Wykonawca zaoferował maksymalny termin zapewnienia obsługi dodatkowego posterunku ochrony/zwiększenia składu osobowego, tj. 24 godzin.

W przypadku, gdy Wykonawca nie wpisze żadnego terminu, Zamawiający przyjmie, iż oferuje on maksymalny wymagany przez Zamawiającego termin, tj. 24 godziny.

Punkty w niniejszym kryterium zostaną przyznane Wykonawcy na podstawie informacji wskazanych przez niego w formularzu ofertowym.

W przedmiotowym kryterium Wykonawca może otrzymać maksymalnie 20 pkt.

Ocenę ostateczną stanowić będzie łączna ilość punktów przyznanych Wykonawcy za powyższe kryteria obliczona według wzoru:

C + P + T = X

gdzie:

C - ilość punktów za cenę ofertową

P - ilość punktów za posiadany certyfikat

T - ilość punktów za najkrótszy termin na zapewnienie obsługi dodatkowego punktu ochrony/zwiększenia składu osobowego posterunku

X - łączna ilość punktów przyznanych Wykonawcy stanowiąca ostateczną ocenę badanej oferty.

Zamawiający wybierze tę ofertę, która uzyska największą liczbę punktów w danej części łącznie we wszystkich kryteriach.

W trakcie postępowania, przed upływem terminu składania ofert, nie było pytań odnoszących się do kryterium wyboru oferty - najkrótszy termin na zapewnienie obsługi dodatkowego punktu ochrony/zwiększenia składu osobowego posterunku.

W części I postępowania oferty złożyło 6 wykonawców, w części II - 4 wykonawców. Odwołujący i Przystępujący złożyli oferty w obu częściach postępowania.

Odwołujący w formularzu ofertowym, przygotowanym według wzoru przekazanego przez Zamawiającego, w punkcie 6 formularza oświadczył, że „w terminie do 6 godzin zapewnimy obsługę dodatkowego punktu ochrony/zwiększenie składu osobowego posterunku od momentu zgłoszenia przez Zamawiającego".

Przystępujący konsorcjum Ekotrade w złożonym formularzu oświadczył, że „w terminie 6 godzin zapewnimy obsługę dodatkowego punktu ochrony/zwiększenie składu osobowego posterunku od momentu zgłoszenia przez Zamawiającego".

Zamawiający dokonał wyboru oferty konsorcjum Ekotrade jako najkorzystniejszej w obu częściach postępowania, przyznając jej w ramach kwestionowanego odwołaniem kryterium 20 punktów. Odwołujący w ramach kryterium również otrzymał 20 punktów.

Zamawiający i Przystępujący Ekotrade złożyli stanowiska pisemne, w których zgodnie wnosili o oddalenie odwołania w całości.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, a postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Obecne brzmienie przepisu tożsame jest z regulacją zawartą w ustawie Pzp2004, tym samym aktualne pozostają tak stanowisko doktryny oraz orzecznictwo wypracowane na kanwie poprzednio obowiązujących przepisów ustawy.

Zgodnie z dorobkiem orzeczniczym i stanowiskiem wypracowanym przez doktrynę unieważnienia postępowania stanowi wyjątek od ogólnej reguły prowadzenia postępowania w celu zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Zamknięty katalog podstaw unieważnienia postępowania nie podlega regułom wykładni rozszerzającej.

Przywołana przesłanka dająca możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego występuje wówczas, gdy postępowanie obarczone taką wadą, która na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia jest niemożliwa do usunięcia, a wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przesłanka unieważnienia postępowania określona tym przepisem składa się więc z koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje zastosowanie przepisu. Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) - w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie. Po drugie, dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Nie może być to jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. W dodatku wada ta musi być niemożliwa do usunięcia.

Dla Izby nie ulega wątpliwości, że jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie SWZ, w tym odpowiedni dobór i opisu kryteriów oceny ofert w postępowaniu jako elementu znaczącego i warunkującego wybór oferty najkorzystniejszej, czyli przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny. To między innymi opis kryteriów oceny ofert decyduje, czy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego można uznać czyniące zadość podstawowym zasadom ustawy Pzp, w tym zasadzie przejrzystości postępowania. Stosowanie przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, które zostały określone w dany sposób w dokumentach zamówienia stanowi wyraz równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu. Warunkiem zachowania zasady przejrzystości postępowania jest nie tylko jednoznaczne określenie kryteriów oceny ofert, ale również jednoznaczne określenie, co w ramach danego kryterium będzie oceniane i w jaki sposób ta ocena będzie

następować. Chodzi o to, by wykonawcy, mogli zorientować się i wziąć pod uwagę przy przygotowywaniu ofert, jakie są oczekiwania zamawiającego względem ofert składanych w postępowaniu, w szczególności, w jaki sposób oferty będą oceniane.

W ocenie składu Izby niejednoznaczność opisu odnoszącego się do przesłanek kryteriów oceny ofert w ramach prowadzonego postępowania może stanowić negatywną przesłankę udziału w postępowaniu dla wykonawców i może być uznana za wadę takiego postępowania. Ustalone kryteria oceny ofert muszą pozwolić na przeprowadzenie obiektywnego procesu oceny każdej oferty, a więc muszą pozwalać na porównanie złożonych ofert, a wynik tego porównania ma jednoznacznie wskazywać, która oferta jest lepsza i bardziej realizuje cel zamówienia. Sposób oceny w ramach przyjętej metodologii oceny nie może mieć charakteru subiektywnego, to jest nie może prowadzić do subiektywnej oceny zamawiającego, którą propozycję z ofert uznać za korzystniejszą. Nie może istnieć dowolność przy ustalaniu rankingu ofert.

Należało więc odpowiedzieć na pytanie, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego będącym podstawą wydania niniejszego orzeczenia Zamawiający we właściwy sposób określił kryteria oceny ofert. Analiza treści Rozdziału IX SWZ, zdaniem Izby, skutkuje negatywną odpowiedzią na tak postawione pytanie. Zamawiający naruszył więc art. 239 ustawy Pzp, co na obecnym etapie postępowania skutkować może jedynie jego unieważnieniem na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający i Przystępujący w stanowiskach pisemnych szeroko opisują aspekt merytoryczny ustalonego kryterium oceny oraz kontekst językowy i sytuacyjny oświadczeń woli złożonych w poszczególnych ofertach. Pomijana jest jednak w tych stanowiskach okoliczność podstawowa, mianowicie to, w jaki sposób Zamawiający ukształtował i podzielił poszczególne czasookresy w ramach kryterium „najkrótszy termin na zapewnienie obsługi dodatkowego punktu ochrony/zwiększenie składu osobowego posterunku". Przystępujący i Zamawiający zdają się nie zauważać, że istotne jest nie tylko, czy dana wartość liczbowa znajduje się (wchodzi w zakres) w ramach górnego pułapu dla danego przedziału, ale przede wszystkim to, czy ta sama wartość (liczba) mieści się w minimalnym zakresie kolejnego z przedziałów punktowych.

Zamawiający podzielił kryterium czasu reakcji na trzy podgrupy: do 6 godzin, od 6 do 12 godzin i od 12 do 20 godzin. Oznacza to, w ocenie składu orzekającego Izby, że wartości 6 i 12 godzin są tymi, które powtarzają się w poszczególnych kategoriach/przedziałach. Tym samym rodzi się wątpliwość jaką liczbę punktów winien otrzymać wykonawca, który zaoferuje właśnie taką konkretną liczbę godzin. Podział na poszczególne podgrupy nie ma charakteru rozłącznego, co w ocenie Izby czyni niemożliwym ocenę takich ofert, gdzie dane przyjęły wymiar konkretnej liczby. Nie jest wiadomym, do której podgrupy przypisać dany czas reakcji. W całym stanowisku Zamawiającego i Przystępującego brakuje odpowiedzi na to kluczowe pytanie. Dla Izby nie jest oczywistym, że jeżeli dany wykonawca zaoferował

zapis w ofercie „6 godzin" na objęcie posterunku należy odczytywać jako de facto „do 6 godzin". Równie dobrze można stwierdzić, że 6 godzin wchodzi w zakres grupy od 6 do 12 godzin, a tym samym możliwe jest przyznanie albo 20 lub 10 punktów. Izba nie podziela stanowiska Przystępującego, że w przypadku podania 20 godzin Odwołujący nie miał wątpliwości, ile punktów należało przyznać takiej ofercie. Dostrzeżenia wymaga, iż w przypadku tej wartości Zamawiający użył sformułowania „powyżej 20 godzin", którego nie można uznać za tożsame z wyrażeniem „od^do".

Za niejednoznacznością opisu kryteriów dla Izby przemawia fakt, że Strony złożyły kilka opinii prywatnych z zakresu językoznawstwa, które dowodzić miały poprawności lub wadliwości konstrukcji kryteriów oceny. Każda z tych opinii prezentowała inne wnioski, bazując na tych samych zapisach SWZ. Już tylko ta okoliczność dowodzi niejednoznaczności zapisów SWZ. Zauważyć także należy, iż opinia złożona przez Przystępującego nie miała charakteru kompleksowego, a w jej wnioskach czytamy, że

„Nie byłoby wątpliwości, gdyby organizator użył sformułowań precyzyjniejszych, np. do 6 godzin włącznie albo powyżej 6 godzin", co Izba odczytuje jako wyraz braku precyzji elementów SWZ odnoszących się do metodologii kryteriów oceny ofert. Poza tym opinia odnosi się do brzmienia pierwszego z przedziałów ustalonych przez Zamawiającego, a kluczowe wydaje się skonfrontowanie zakresów przedziału pierwszego i drugiego. Do tego zagadnienia opinia się nie odnosi.

Nie posiłkując się doświadczeniem zawodowym i niewątpliwą wiedzą osób sporządzających złożone opinie, w ocenie składu orzekającego Izby już tylko znajomość podstawowych zasad logicznego rozbioru zdania, którą nabywa się w ramach nauki w szkole podstawowej daje sygnał do oceny ustalonych w SWZ kryteriów oceny jako niejednoznaczne. Jeżeli ustalone kryteria oceny pozwalają na zakwalifikowanie

zadeklarowanego czasu reakcji do dwóch różnych zbiorów, to kryterium takie nie prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej. Ani Zamawiający, ani Przystępujący nie zaprzeczyli tezie, że wyrażenie „6 godzin" nie wchodzi w zakres drugiego podzbioru ustalonych kryteriów.

Następnie ocenić należało, czy taka wada postępowania jest niemożliwa do usunięcia i uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. W ocenie składu orzekającego Izby odpowiedź w obu przypadkach musi być twierdząca.

Tego rodzaju stwierdzona wada postępowania na obecnym jego etapie nie może zostać usunięta choćby przez zmianę brzmienia kryteriów SWZ, czy też ich doprecyzowanie, zgodnie z potrzebami Zamawiającego i Wykonawców. Oferty zostały już w postępowaniu złożone, a więc niemożliwa jest zmiana treści SWZ. Wada ta więc ma charakter nieusuwalny. Niewątpliwie taka sytuacja ma także wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zakładany przez ustawę Pzp cel, czyli wybór oferty najkorzystniejszej nie może zostać osiągnięty. Jednocześnie umowa tak skonstruowana, powielająca zapisy SWZ nie czyniłaby zadość podstawowym zasadom udzielania zamówień publicznych. Naruszona została zasada równego traktowania wykonawców, bowiem ich oferty mogą być w różny sposób ocenione. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie, Wykonawcy w odmienny sposób odczytywali zapisy dotyczące kryteriów oceny, skoro różne oferty zawierały różne określenia dla czasu reakcji. Ocena, czy umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu odbywać się musi także w kontekście wydatkowania środków publicznych i konieczności dochowania zasad związanych z dyscypliną finansów publicznych. Gdyby podzielić argumentację Zamawiającego, to powstałby stan niepewności prawnej, gdyż zamawiający mogliby zawierać umowy w sprawie zamówienia publicznego w wyniku przeprowadzenia postępowań obarczonych poważnymi i nieusuwalnymi wadami, a możliwość unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp byłaby przepisem martwym.

Uchybienie w procedurze zamówieniowej, które rzutuje na ważność umowy o zamówienie publiczne wpisuje się w omawianą przesłankę unieważnienia postępowania. Przepis art. 255 pkt 6 ustawy Pzp obejmuje wszelkie sytuacje, w których występuje wada postępowania niedająca się naprawić w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Innymi słowy, podstawą unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp będzie wystąpienie nieusuwalnej wady postępowania, tj. takiej która nie może być przez zamawiającego skorygowana w toku postępowania przez unieważnienie czynności lub jej powtórzenie.

Na marginesie, zdaniem Izby dostrzeżenia wymaga, że w przepisach ustawy Pzp istnieje możliwość uznania umowy za nieważną. Warto zwrócić uwagę na art. 457 ust. 5 ustawy Pzp który stanowi, że przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70^5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Dyspozycja art. 70^5 Kc znajdzie zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych w wyniku jakiegokolwiek postępowania otwartego (poprzedzonego ogłoszeniem) prowadzonego w oparciu o przepisy Pzp. Możliwość żądania unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o art. 70^5 Kc jest niezależna od podstaw i ograniczeń unieważnienia na podstawie przepisów Pzp.

Konkludując, zdaniem Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie,

co odzwierciedla punkt 1 sentencji niniejszego orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego

Przewodniczący: .....