Sygn. akt: KIO 3606/24

WYROK

Warszawa, dnia 15 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2024 roku przez wykonawcę Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Kazimierza 64/128 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Prokuratura Okręgowa w Zamościu, ul. Orla 2

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Kazimierza 64/128 i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Kazimierza 64/128 tytułem uiszczonego wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika zamawiającego,

2.2. zasądza od wykonawcy Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Kazimierza 64/128 na rzecz Skarbu Państwa - Prokuratury Okręgowej w Zamościu, ul. Orla 2 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: …….

Sygn. akt KIO 3606/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „ świadczenie usługi ochrony fizycznej osób i mienia Prokuratury Okręgowej w Zamościu i wybranych Prokuratur Rejonowych w okręgu zamojskim na rok 2025” ogłoszono w Biuletynie Zamówień Publicznych nr z

27 września 2024 r zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

2 października 2024 roku wykonawca Agencja Ochrony MK Spzoo z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Kazimierza 64/128 wniósł odwołanie. Odwołanie wnieśli dwaj członkowie zarządu. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1 . art. 238 zw. z art. 16 ustawy przez zaniechanie przez zamawiającego oceny ofert w oparciu o kryteria oceny ofert wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu i w dokumentach zamówienia 2. art. 239 w zw. z art. 16 ustawy przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, że złożona przez wybranego wykonawcę jest ofertą najkorzystniejszą, a to z uwagi na fakt błędnej oceny oferty złożonej przez odwołującego

Wniósł o:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu,

- nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej

- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, według rachunków, które

zostaną przedłożone na posiedzeniu lub rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes, ponieważ złożył ofertę w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu i gdyby zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych, oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący ma więc interes we wniesieniu odwołania, gdyż może ponieść szkodę w związku z nieudzieleniem mu zamówienia.

Zamawiający opublikował Specyfikację Warunków Zamówienia (dalej SWZ) wraz z załącznikami, której rozdział 17 reguluje opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

Zgodnie z rozdziałem 17.1. zamawiający dokona oceny ofert, które nie zostały odrzucone, na podstawie następujących kryteriów oceny ofert:

Cena (PC) -60%

Doświadczenie Wykonawcy (PD) —40%

Zamawiający dokona oceny ofert przyznając punkty w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert, przyjmując zasadę, że 1% = 1 punkt.

Rozdział 17.3 opisuje punkty za kryterium „Doświadczenie Wykonawcy".

Zamawiający dokona oceny na podstawie ilości lat nieprzerwanej działalności wykonawcy. Kryterium doświadczenie należy interpretować jako okres w latach, liczony od momentu rejestracji działalności gospodarczej lub spółki wykonawcy (wpis do CEiDG lub KRS) do roku 2024 (liczony wyłącznie w latach, bez uwzględniania miesięcy). W przypadku oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub wykonawcy polegającego na zasobach innego podmiotu, punkty w tym kryterium będą wynikiem średniej arytmetycznej lat istnienia wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, bez uwzględniania ról tych Wykonawców, jakie będą pełniły w przedmiocie postępowania. Dane do kryterium Doświadczenie wykonawca będzie miał obowiązek zamieścić w Formularzu ofertowym. Dane te będą weryfikowane z danymi dostępnymi w ogólnodostępnych bazach danych o firmach/spółkach.

Wykonawca w tym kryterium otrzyma:

16 i więcej lat doświadczenia - 40 pkt

Od 11 do 15 lat doświadczenia - 30 pkt

Od 7 do 10 lat doświadczenia - 20 pkt

od 4 do 6 lat doświadczenia - 10 pkt

3 - letnie lub mniejsze doświadczenie - 0 pkt

Maksymalna łączna ilość punktów do uzyskania w ramach kryterium doświadczenie wynosi 40.

Dokonując oceny opisywanego wyżej kryterium w komunikacie z dnia 27.09.2024 r. zamawiający wskazał, że odwołujący otrzymał w kryterium cena 60 pkt. w kryterium Doświadczenie 30 pkt łącznie 90 pkt, natomiast wykonawca wybrany w kryterium cena otrzymał 54 pkt i w kryterium termin płatności faktur 40 pkt.

Odwołujący w kryterium doświadczenie otrzymał wyłącznie 30.00 punktów, a zatem zamawiający nieprawidłowo ocenił ilości lat nieprzerwanej działalności w przedziale od 11 do 15 lat, podczas gdy z dokumentów ogólnodostępnych jak i dowodów przekazanych zamawiającemu wykonawca mieści się w kryterium ocenianym na 40.00 punktów, to jest 16 lat i więcej prowadzenia działalności.

Odwołujący kryterium wskazane w komunikacie jako termin płatności faktur w pozycji dotyczącej Biura Szybkiej Interwencji Odwołujący traktuje jako oczywistą omyłkę pisarska zamawiającego.

Wraz z ofertą odwołujący przedstawił Odpis aktualny z KRS, w którym w Rubryce 6— Sposób powstania spółki istnieje następujący wpis:

„Przekształcenie przedsiębiorcy w spółkę z ograniczona odpowiedzialnością w trybie art. 551 par. 5 K.S.H Oświadczenie o przekształceniu z dnia 26.04.2012 r. M. K. prowadząca działalność pod nazwą Agencja Ochrony „K." M. K. Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej Rep. Nr 4259." Przekształcenie należy rozumieć jako wyłącznie zmianę formy organizacyjnej realizowanego przedsięwzięcia gospodarczego, a nie jego rozpoczęcia, albowiem w wyniku przekształcenia dochodzi do kontynuacji praw i obowiązków spółki przekształconej.

Co prawda z powodu błędu pisarskiego pracownika sporządzającego ofertę w druku ofertowym wpisany został rok rozpoczęcia działalności ochroniarskiej jako 2012 zamiast 2002, jednak nie powinno mieć to jednak negatywnego wpływu na wynik postępowania, albowiem zamawiający sam wskazał w rozdziale 17.3 SWZ że dokona weryfikacji informacji z danymi dostępnymi w ogólnodostępnych bazach danych, do czego zobowiązany był przepisami ustawy. Dokumenty te potwierdzają, że odwołujący prowadzi w sposób ciągły działalność w zakresie ochrony osób i mienia od 22 łat, co stanowi podstawę do przyznania przetargowym maksymalnej ilości 40 punktów w tym kryterium oceny ofert.

Wpisanie przez zamawiającego jako kryterium oceny ofert, okresu prowadzenia działalności, czyli doświadczenia w zakresie ochrony mienia i obiektów, miało na celu poprzez rzetelne i zgodnie z faktami potwierdzenie takiego doświadczenia wyłonić Wwykonawcę posiadającego największe doświadczenie w tym zakresie.

Na mocy art. 127 ust. 1 pkt 1 ustawy zamawiający ma zakaz wzywania (użyto określenia „nie wzywa") do złożenia podmiotowych środków dowodowych w sytuacji, w której zamawiający może je uzyskać za pomocą ogólnodostępnych i bezpłatnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, gdy wykonawca wskazał w JEDZ dane umożliwiające dostęp do nich. Takim rejestrem jest m.in. Krajowy Rejestr Sądowy (dostępny na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości pod adresem , dostęp: 13.09.2020 r.) oraz Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej (dostępna pod adresem , dostęp: 13.09.2020 r.). Zamawiający przez cały okres postępowania mógł zapoznać się z faktycznym okresem funkcjonowania na rynku podmiotu biorącego udział w postępowaniu, wykorzystując bezpłatne bazy, a dyspozycję przepisów dotyczących podmiotowych środków dowodowych należy w tej sprawie przenieść na dotyczące kryterium oceny ofert.

Odwołujący powołał wyrok KIO z 4.02.2022 r. (sygn. akt KIO 3579/21).

Dodatkowym dowodem poświadczającym nieprzerwany okres prowadzenia działalności w zakresie ochrony osób i mienia jest koncesja wydana przez MSWiA, którą wykonawca uzyskał 05.03.2002 roku i która obowiązuje do dziś, a która została zamawiającemu

przekazana w toku postępowania. Przyjęcie zatem przez zamawiającego krótszego o 10 lat okresu prowadzenia działalności jest niezgodne z dowodami oraz przepisami ustawy wskazanymi powyżej.

10 października 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

1) oddalenie odwołania w całości;

2) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika wysokości 3600 zł w oparciu o rachunek lub spis kosztów, który zostanie przedstawiony przed zamknięciem rozprawy.

W zakresie postępowania dowodowego o:

1) przeprowadzenie dowodu z dokumentu Formularza ofertowego odwołującego z dnia 17.09.2024 r. na okoliczność oznaczenia w formularzu ofertowym przez wykonawcę roku rejestracji firmy/spółki wykonawcy (zgodny z wpisem do KRS) na 2012 r., braku zmiany złożonej oferty przez wykonawcę przed upływem terminu składania ofert,

2) pisma wykonawcy z błędną datą 01.09.2024r. podpisanego dnia 01.10.2024r. na okoliczność złożenia przez wykonawcę wniosku o dokonanie powtórnej oceny ofert po terminie składania ofert i wyborze wykonawcy w postępowaniu,

3) wydruku z platformy postępowania z dnia 01.10.2024r. na okoliczność przesłania zamawiającemu koncesji MSWiA wykonawcy dnia 01.10.2024r.

4) Specyfikacji Warunków Zamówienia na okoliczność, że każdy Wykonawca miał zagwarantowane prawo wprowadzenia zmian do oferty oraz jej wycofania przed terminem składania ofert.

Zamawiający w ustosunkowaniu się do zarzutów odwołania wskazał, że zarzuty zawarte w treści odwołania są nieuzasadnione, stąd odwołanie powinno zostać oddalone.

Przepis art. 238 ustawy dotyczy przeprowadzenia aukcji elektronicznej, a takiej aukcji zamawiający w postępowaniu nie prowadził. Stosownie do art. 238 ww. ustawy zamawiający po zamknięciu aukcji elektronicznej dokonuje oceny ofert w oparciu o kryteria oceny ofert wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i w dokumentach zamówienia, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej.

Zamawiający prawidłowo przeprowadził postępowanie i prawidłowo ocenił oferty w oparciu kryteria oceny ofert wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu i w dokumentach zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający w Rozdziale 17.3 Specyfikacji Warunków Zamówienia [SWZ] opisał sposób oceny kryterium „Doświadczenie" cytując odpowiednią treść z SWZ, zgodnie z którą: „Dane do kryterium doświadczenie Wykonawca będzie miał obowiązek zamieścić w Formularzu ofertowym. Dane te będą weryfikowane z danymi dostępnymi w ogólnodostępnych bazach danych o firmach/spółkach". Tak sformułowane stwierdzenie jasno wskazuje, że zamawiający będzie weryfikował w ww. bazach

danych wyłącznie dane wskazane przez wykonawcę w Formularzu ofertowym, co miało na celu weryfikację poprawności podanych w formularzu ofertowym dat powstania spółki/firmy i zapobiec zawyżaniu danych przez wykonawców w celu zdobycia dodatkowych punktów w kryterium pozacenowym.

Zdaniem zamawiającego, próba przerzucania na zamawiającego poprawiania oferty wykonawcy tak dalece opisana przez odwołującego stanowiłaby nieuprawnioną ingerencję w treść oferty, a zwłaszcza w kryterium pozacenowe oceny

ofert, a nadto nosiłaby znamiona niedozwolonej ustawą zmiany treści oferty po terminie składania ofert.

To na zykonawcy ciąży obowiązek rzetelnego sprawdzenia poprawności złożonych wraz z ofertą danych i informacji, a Zamawiający jasno wskazał w dokumentacji, że dokona sprawdzenia poprawności wpisanej w formularzu ofertowym daty powstania spółki/firmy w ogólnodostępnych bazach danych — czego w przypadku oferty odwołującego dokonał — przez weryfikację wpisu do KRS, w którym jako rok powstania spółki widnieje 2012 — a więc zgodny z tym wpisanym przez samego wykonawcę do swojego formularza ofertowego.

Tym samym przerzucanie zaniechań na zamawiającego (i na swojego pracownika) na obecnym etapie jest niezrozumiałe, zwłaszcza, że odwołujący jak każdy wykonawca miał zagwarantowane prawo wycofania oferty, jak również jej zmiany przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający stosownie do art. 16 ustawy przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; w sposób przejrzysty i proporcjonalny, co czyni wskazany wyżej zarzut niezasadnym.

Wykonawca przed upływem terminu składania ofert nie doprowadził do zmiany lub wycofania złożonej oferty, a miał takie prawo, przy czym termin składania ofert był do dnia 18.09.2024r., godz. 10:00.

Odwołujący jeśli miał w tym zakresie wątpliwości przed upływem terminu składania ofert, nie wniósł żadnych pytań o wyjaśnienie treści SWZ, odnoszących się do sposobu oceny ofert w kryterium pozacenowym.

Zamawiający spełnił obowiązek weryfikowania, a więc sprawdzania informacji wskazywanych przez Wykonawcę w złożonej ofercie w ramach kryterium oceny ofert, poprzez potwierdzenie zgodności danych zawartych w formularzu ofertowym (wskazany 2012 rok rozpoczęcia działalności spółki) z datą widniejącą w KRS, jako datę powstania spółki (również 2012 rok).

Stosownie do pkt 14.20 SWZ wykonawca nie może wprowadzić zmian do oferty oraz wycofać jej po upływie terminu składania ofert.

Wobec tego pismo wykonawcy z błędną datą 01.09.2024r. podpisane dnia 01.10.2024r. o dokonanie powtórnej oceny ofert po terminie składania ofert i wyborze wykonawcy w postępowaniu jest niedopuszczalne.

Wskazany przez odwołującego fakt przesłania posiadanej koncesji MSWiA, na potwierdzenie nieprzerwanego okresu prowadzenia działalności w zakresie ochrony osób i mienia, nastąpił dopiero w dniu 01.10.2024 r. (o czym świadczy wydruk z platformy postępowania), a więc 3 dni od dnia opublikowania przez zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Koncesja MSWiA Agencji Ochrony MK nie została przesłana przez w/w wykonawcę wraz z ofertą.

Dowody:

1) Formularz ofertowy Odwołującego z dnia 17.09.2024 r.;

2) pismo Wykonawcy z błędną data 01.09.2024r. podpisanego dnia 01.10.2024r.

3) wydruk z platformy postępowania dot. przesłanej koncesji MSWiA wykonawcy dnia

01.10.2024r.

4) Specyfikacja Warunków Zamówienia;

Powyższe powoduje, że również przywołany drugi zarzut w postaci naruszenia art. 239 w zw. z art. 16 ustawy jest niezasadny, ponieważ zamawiający zapewnił w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców. Odwołujący przed upływem terminu składania ofert miał możliwość zmiany swojej oferty czego nie uczynił z przyczyn leżących wyłącznie po jego stronie. Tym samym zamawiający prawidłowo ocenił ofertę odwołującego.

Ustalony stan faktyczny:

W SWZ zamawiający zawarł następujące postanowienia:

8.3. Zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie (nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania) następujących podmiotowych środków dowodowych (aktualnych na dzień złożenia, z datą wystawienia nie dłuższą niż 3 miesiące przed dniem ich przedłożenia):

8.3.1. W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu:

a) koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia, wydaną przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2021, poz. 1995 t.j.), w zakresie nie węższym niż rodzaj i przedmiot ochrony opisany w przedmiocie zamówienia – zgodnie z warunkiem wskazanym w pkt 6.1.2. SWZ;

14.20. Wykonawca nie może wprowadzić zmian do oferty oraz wycofać jej po upływie terminu składania ofert.

17.3 Punkty za kryterium „Doświadczenie Wykonawcy".

Zamawiający dokona oceny na podstawie ilości lat nieprzerwanej działalności Wykonawcy. Kryterium doświadczenie należy interpretować jako okres w latach, liczony od momentu rejestracji działalności gospodarczej lub spółki Wykonawcy (wpis do CEiDG lub KRS) do roku

2024 (liczony wyłącznie w latach, bez uwzględniania miesięcy). W przypadku oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub Wykonawcy polegającego na zasobach innego podmiotu, punkty w tym kryterium będą wynikiem średniej arytmetycznej lat istnienia wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, bez uwzględniania ról tych Wykonawców, jakie będą pełniły w przedmiocie postępowania. Dane do kryterium Doświadczenie Wykonawca będzie miał obowiązek zamieścić w Formularzu ofertowym. Dane te będą weryfikowane z danymi dostępnymi w ogólnodostępnych bazach danych o firmach/spółkach.

Wykonawca w tym kryterium otrzyma:

16 i więcej lat doświadczenia PD= 40 pkt

Od 11 do 15 lat doświadczenia PD= 30 pkt

Od 7 do 10 lat doświadczenia PD= 20 pkt

od 4 do 6 lat doświadczenia PD= 10 pkt

3 - letnie lub mniejsze doświadczenie PD= 0 pkt

Maksymalna łączna ilość punktów do uzyskania w ramach kryterium doświadczenie wynosi 40.

Formularz ofertowy odwołującego:

4. Rok rejestracji firmy/spółki Wykonawcy (zgodny z wpisem do CEiDG lub KRS) 2012

8. Pod groźbą odpowiedzialności karnej oświadczamy, iż wszystkie załączone do oferty dokumenty i złożone oświadczenia opisują stan faktyczny i prawny, aktualny na dzień składania ofert (art. 297 kk).

1 października 2024 r. odwołujący zwrócił się z wnioskiem o dokonanie przez zamawiającego powtórnej oceny złożonej niego oferty i przedstawionych dowodów potwierdzających doświadczenie wykonawcy, upoważniające zamawiającego do przyznania maksymalnej ilości punktów – 40, w tym kryterium oceny ofert.

Wykonawca poinformował, że wraz z ofertą przedstawił Odpis aktualny z KRS, w którym w Rubryce 6 – Sposób powstania spółki istnieje następujący wpis:

„Przekształcenie przedsiębiorcy w spółkę z ograniczona odpowiedzialnością w trybie art. 551§ 5 K.S.H Oświadczenie o przekształceniu z dnia 26.04.2012 r. M. K. prowadząca działalność pod nazwą Agencja Ochrony „K." M. K. Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej Rep. Nr 4259."

Z powodu błędu pisarskiego pracownika sporządzającego ofertę w druku ofertowym wpisany został rok rozpoczęcia działalności ochroniarskiej jako 2012 zamiast 2002 . Nie powinno mieć to jednak negatywnego wpływu na wynik postępowania, albowiem zamawiający sam wskazał

w rozdziale 17.3 SWZ iż dokona weryfikacji informacji z danymi dostępnymi w ogólnodostępnych bazach danych.

Dokumenty te potwierdzają, że wykonawca prowadzi w sposób ciągły działalność w zakresie ochrony osób i mienia od ponad 20 lat, co stanowi podstawę do przyznania w tym postępowaniu przetargowym maksymalnej ilości 40 punktów w tym kryterium oceny ofert.

Istotne jest, zdaniem wykonawcy, że wpisanie przez Zamawiającego jako kryterium oceny ofert, okresu prowadzenia działalności, czyli doświadczenia w zakresie ochrony mienia i obiektów, miało na celu poprzez rzetelne i zgodnie z faktami potwierdzenie takiego doświadczenia wyłonić wykonawcę posiadającego największe doświadczenie w tym zakresie. Wskazał, że na mocy art. 127 ust. 1 pkt 1 ustawy zamawiający ma zakaz wzywania (użyto określenia „nie wzywa") do złożenia podmiotowych środków dowodowych w sytuacji, w której zamawiający może je uzyskać za pomocą ogólnodostępnych i bezpłatnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, gdy wykonawca wskazał w JEDZ dane umożliwiające dostęp do nich. Takim rejestrem jest m.in. Krajowy Rejestr Sądowy (dostępny na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości pod adresem

, dostęp: 13.09.2020 r.) oraz Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej (dostępna pod adresem , dostęp: 13.09.2020 r.).

Zamawiający przez cały okres postępowania mógł zapoznać się z faktycznym okresem funkcjonowania na rynku podmiotu biorącego udział w postępowaniu.

Powołał wyrok KIO z 4.02.2022 r. (sygn. akt KIO 3579/21).

Dodatkowym dowodem poświadczającym nieprzerwany okres prowadzenia działalności w zakresie ochrony osób i mienia jest Koncesja MSWiA , którą wykonawca uzyskał 05.03.2002 roku i która obowiązuje do dnia dzisiejszego, a która stanowi załącznik do dokumentacji postępowania. Przyjęcie zatem przez zamawiającego krótszego o 10 lat okresu prowadzenia działalności jest niezgodne z dowodami oraz zasadami logiki.

Z tego względu wniósł o dokonanie powtórnej oceny przedstawionych ofert, z uwzględnieniem dodatkowych, szczegółowych dowodów w tym zakresie.

Załączniki :

1) Wypis wygenerowany z CEIDG,

2) Akt Notarialny Rep. A nr 14609

3) Postanowienie Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy z dnia 23.08.2012 r.

4) Koncesja MSWiA

7 października 2024 r. zamawiający odpowiedział, że brak jest podstaw do powtórnej oceny oferty proponowanej przez Wykonawcę - Agencję Ochrony MK Sp. z o.o.

Wskazał, że wykonawca przed upływem terminu składania ofert nie doprowadził do zmiany lub wycofania złożonej oferty, a obecnie przyjmuje, że popełnił błąd w oznaczeniu daty rozpoczęcia działalności ochroniarskiej (kryteriów oceny ofert). Jednocześnie informuję, że termin składania ofert wyznaczony był na dzień 18.09.2024r., godz. 10:00.

Przypomniał, że stosownie do pkt 14.20 Specyfikacji Warunków Zamówienia wykonawca nie może wprowadzić zmian do oferty oraz wycofać jej po upływie terminu składania ofert.

Dowody:

Krajowa lzba Odwoławcza (dalej KIO) oparła się na SWZ, formularzu ofertowym odwołującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, piśmie odwołującego z 1 października 2024 r. i odpowiedzi udzielonej przez zamawiającego 7 października 2024 r.

KIO pominęła dowody z CEIDG oraz koncesji MSWiA, gdyż KIO ocenia czynność zamawiającego na datę jej dokonania, a tymi dokumentami zamawiający nie dysponował w dacie dokonywania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, co oznacza, że dowody te nie służą ustaleniu okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Rozważania KIO:

Odwołanie podlega oddaleniu. KIO traktuje wskazanie art. 238 ustawy jako oczywistą omyłkę pisarską z uwagi na to, że stan faktyczny przywołany w podstawie zarzutu wprost referuje do art. 239 ustawy. KIO przede wszystkim zwróciła uwagę na fakt, że zgodnie z opisem kryterium oceny ofert dane do kryterium Doświadczenie wykonawca miał obowiązek zamieścić w Formularzu ofertowym. To oznacza, że zamawiający nie zobowiązywał się do samodzielnego ustalenia ilości lat nieprzerwanej działalności wykonawcy, od momentu rejestracji działalności gospodarczej lub spółki wykonawcy (wpis do CEiDG lub KRS) do roku 2024, tylko oczekiwał, że ta dana zostanie mu podana przez wykonawcę. W konsekwencji, informacja o ilości lat nieprzerwanej działalności pochodziła od wykonawcy i była jego oświadczeniem składanym pod rygorem odpowiedzialności za składanie fałszywych zeznań, co również potwierdzał wykonawca w formularzu ofertowym. Rola zamawiającego jako weryfikatora sprowadzała się zatem jedynie do ustalenia czy podana dana jest daną prawdziwą, czy też nie.

W tym miejscu KIO w całości podziela rozstrzygnięcie KIO w sprawie sygn. akt KIO 3579/21, jednak nie jest ono adekwatne do stanu faktycznego tej sprawy, bowiem zapadło ono w sytuacji, gdy zamawiający na etapie przed upływem terminu składania ofert ustanowił kryterium oceny ofert, którego spełnienie można było zweryfikować dopiero po zawarciu umowy. Spór prowadzony w sprawie dotyczył bowiem kryteriów:

- Deklarowany Czas Realizacji Błędu Krytycznego / Waga: 8%,
- Deklarowany czas przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych / Waga: 21%.

Zamawiający w tamtej sprawie w ogóle nie określił sposobu weryfikacji tych kryteriów. Zamawiający mógłby dokonać oceny wyłącznie na podstawie deklaracji wykonawców, są one zatem nieweryfikowalne na etapie oceny ofert.

Taki stan faktyczny nie ma miejsca w tej sprawie. Zamawiający bowiem określił kryterium, wskazał, kto podaje dane służące do oceny tego kryterium i określił w jaki sposób będzie je weryfikował, czyli wskazał kryterium doświadczenie w prowadzeniu nieprzerwanym działalności, wskazał, że datę rozpoczęcia działalności podaje wykonawca, wskazał, że zbada tę daną (zweryfikuje) na podstawie publicznych rejestrów.

Przy czym zamawiający nie zobowiązał się do ustalenia danej, ale do zbadania czy podana dana jest prawdziwa. I na

tym w ocenie Izby osadza się oś sporu pomiędzy stronami, bowiem odwołujący oczekuje, że zamawiający ustali okres prowadzenia przez wykonawcę działalności i następnie porówna z podaną przez wykonawcę daną, a w przypadku rozbieżności zastąpi daną podaną przez wykonawcę, daną przez siebie ustaloną. Podczas gdy zamawiający uważa że w SWZ zobowiązał się jedynie do tego, aby sprawdzić czy dana podana w ofercie jest daną prawdziwą. W tym miejscu warto zwrócić uwagę na art. 67 ust. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. Zgodnie z tym przepisem dyrektywy:

> 4. Kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. Zapewniają one możliwość efektywnej konkurencji i dołączone są do nich specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia. W razie wątpliwości instytucje zamawiające skutecznie weryfikują prawidłowość informacji i dowodów przedstawionych przez oferentów.

Z przepisu tego wynika, że zamawiający nie ma zastępować informacji podanych przez wykonawców, własnymi informacjami, ale jedynie weryfikować ich prawidłowość. Tak też postąpił zamawiający w tej sprawie. Sprawdził, czy dana 2012 jest prawidłowa i ustalił, że jest ona prawidłowa, bo odpowiada dacie wskazanej w KRS.

Zamawiający nie mógł zmienić czy poprawić tej informacji przede wszystkim dlatego, że zamawiającemu nie są znane okoliczności, dla których wykonawca wskazał określoną liczbę. Powodów wskazania konkretnej liczby może być wiele np. przerwa w prowadzeniu działalności (skoro kryterium dotyczyło okresu nieprzerwanej działalności), prowadzenie działalności oderwanej od przedmiotu zamówienia, prowadzenie działalności nierzetelnie, czym wykonawca nie chce się chwalić. Zamawiający mógł jedynie ustalić, czy rzeczywiście wykonawca prowadził działalność przez czas wskazany w formularzu ofertowym. Takiej weryfikacji zamawiający dokonał na podstawie danych z KRS i weryfikacja ta dała wynik pozytywny pozwalający na ustalenie, że wykonawca podał faktycznie okres, w którym nieprzerwanie prowadził działalność. Oświadczenie wykonawcy zawarte w formularzu

ofertowym należy potraktować jako przedmiotowy środek dowodowy w rozumieniu art. 104 ust. 1 ustawy służący potwierdzeniu zgodności usługi z wymaganymi cechami, w tym przypadku stabilnością i wiarygodnością danego wykonawcy na rynku usług przedmiotowego zamówienia. KIO nie odnosi się do poprawności doboru kryterium opartego o właściwości wykonawcy (art. 241 ust. 3 ustawy), gdyż taki zarzut nie został podniesiony, natomiast należy zauważyć, że zgodnie z art. 107 ust. 3 ustawy przedmiotowy środek dowodowy nie podlega uzupełnieniu, jeśli służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Zarzut odwołania w swojej istocie sprowadza się właśnie do oczekiwania uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego o okres prowadzenia działalności podlegającej wpisowi do CEIDG. Jest to domaganie się działania niezgodnego z ustawą i jako takie nie może zasłużyć na aprobatę.

Powoływanie się przez odwołującego na posiadaną koncesję, wypis z CEIDG czy fakt podania w KRS informacji o przekształceniu przedsiębiorcy w spółkę mogłoby mieć znaczenie tylko wówczas, gdyby wykonawca oświadczył w formularzu ofertowym okres dłuższy niż wynikający z odpisu z KRS, a zamawiający nie uwzględniłby tego okresu przy ocenie powołując się na datę powstania spółki.

Zamawiający nie mógł również ocenić zaistniałej sytuacji w kategoriach omyłki nadającej się do poprawy w trybie art. 223 ust. 2 ustawy, gdyż dla omyłki rachunkowej jak i pisarskiej nie zaistniała przesłanka oczywistości. Zamawiający nie dysponował żadnymi danymi pozwalających na stwierdzenie, że omyłka jest dostrzegalna na pierwszy rzut oka i oczywista dla każdego odbiorcy informacji zawartej w formularzu ofertowym. Z taką oczywistością można by mieć do czynienia gdyby odwołujący podał rok, który jeszcze nie nadszedł np. 20 012. Taka omyłka cechowała by się oczywistością i mogłaby podlegać ewentualnej poprawie.

Z kolei nie mógł jej potraktować jako innej omyłki polegającej na niezgodności z dokumentami zamówienia niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, bowiem zamawiający nie wymagał minimalnego okresu prowadzenia działalności, w którym oferta byłaby niezgodna zatem każda podana w formularzu wartość, w tym także zero była wartością poddającą się ocenie i zgodną z dokumentami zamówienia. Jedynie brak podania jakiejkolwiek wartości, skutkowałby niezgodnością z warunkami zamówienia. Nadto omyłka taka w przypadku jej zmiany wywołałaby istotne zmiany w treści oferty, bowiem zmieniałaby pozycję wykonawcy w rankingu ofert. Tym samym poprawa omyłki w żaden sposób nie była możliwa.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje się formalizmem, który ma służyć zapewnieniu realizacji zasady przejrzystości postępowania. Ustawodawca wyraźnie zaznaczył granice korekty oferty i rodzaje omyłek, które mogą być w ofertach poprawiane. KIO daje wiarę wyjaśnieniom odwołującego, że doszło do omyłki w treści oferty, niestety taka omyłka nie może być poprawiona w świetle obowiązującego prawa.

Z tych wszystkich względów KIO oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnienie postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu, koszty wydatków pełnomocnika odwołującego i koszty wydatków pełnomocnika zamawiającego. Skoro zarzuty odwołania nie potwierdziły się, żaden z zaliczonych kosztów odwołującego nie podlegał rozliczeniu, natomiast zamawiającemu należało przyznać od odwołującego zwrot uzasadnionych kosztów w postaci wydatków pełnomocnika zamawiającego w wysokości ograniczonej do kwoty 3 600 zł to jest maksymalnej

dopuszczonej przez rozporządzenie.

Przewodnicząca: ……