

WYROK
z dnia 5 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier - Dolańska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2012 r. przez **Waldemara Orzechowskiego, Urszulę Orzechowską i Piotra Orzechowskiego prowadzących działalność gospodarczą jako Agencja Ochrony Huzar spółka cywilna w Sierpcu** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Energa – Operator S.A. w Gdańsku**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Waldemara Orzechowskiego, Urszulę Orzechowską i Piotra Orzechowskiego prowadzących działalność gospodarczą jako Agencja Ochrony Huzar spółka cywilna w Sierpcu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Waldemara Orzechowskiego, Urszulę Orzechowską i Piotra Orzechowskiego prowadzących działalność gospodarczą jako Agencja Ochrony Huzar spółka cywilna w Sierpcu** tytułem wpisu od odwołania;

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Energa – Operator S.A. w Gdańsku zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na ochronę fizyczną osób i mienia w obiektach Energa – Operator S.A. Oddział w Płocku. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 3 maja 2012 r. pod numerem 2012/S 85 - 140584.

Pismem z 13 czerwca 2012 r., doręczonym 15 czerwca 2012 r. Waldemarowi Orzechowskiemu, Urszuli Orzechowskiej i Piotrowi Orzechowskiemu prowadzącym działalność gospodarczą jako Agencja Ochrony Huzar spółka cywilna w Sierpcu (dalej „odwołujący”) pocztą elektroniczną, zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Jacka Dobrogoszcza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Agencja Ochrony "DES" Jacek Dobrogoszcz (dalej „DES”). W konsekwencji 22 czerwca 2012 r. odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, jego kopię przekazując zamawiającemu. Odwołanie wniesiono od:

- 1) zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp tj. zaniechaniu odrzucenia oferty DES, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 2) zaniechania przez zamawiającego wyjaśnienia treści oferty DES w zakresie czasu reakcji patroli interwencyjnych;
- 3) niezgodnej z przepisami Pzp czynności zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu, polegającej na wyborze oferty DES, która powinna być odrzucona,
- 4) zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany tj. wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

- 2) naruszenie przepisu art. art. 87 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie pełnego wyjaśnienia treści oferty DES;
- 3) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie do oferty DES.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania oraz o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty DES;
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert i uznania, że złożenie oferty przez DES stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji, że oferta ta podlega odrzuceniu;
- 3) zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów niniejszego postępowania

Uzasadniając zarzuty odwołania wskazano, że odwołujący nie zgadza się z oceną oferty wykonawcy DES. Poza ceną, kryteriami oceny ofert były czas reakcji patroli interwencyjnych na terenie miejskim - 6% oraz czas reakcji patroli interwencyjnych poza terenem miejskim -14%. Zamawiający ustalił, że łączny czas podany w minutach liczony od momentu zadziałania sygnału lub złożenia polecenia o wyjeździe do momentu dojazdu do obiektów (do obliczeń należy wziąć pod uwagę łączny czas ustalony dla lokalizacji: miejskich GPZ Gulczewo, Kutno ul. Sobieskiego, GPZ Olechinek, a dla lokalizacji poza terenem miejskim do obliczeń należy wziąć pod uwagę łączny czas ustalony dla lokalizacji: do stacji transformatorowej w miejscowości Winnica, GPZ Gołębiew, GPZ Tuczeki). W siwz nie przewidziano jakiegokolwiek formy dowodowej na okoliczność jak wykonawcy dokonali obliczeń tych czasów dojazdu do poszczególnych punktów wyznaczonych przez zamawiającego. W formularzy oferty zamawiający wymagał jedynie określenia czasu reakcji patroli interwencyjnych na terenie miejskim oraz poza terenem miejskim. Po złożeniu ofert zamawiający pismami z 4 czerwca 2012 r. wezwał wykonawców do przedłożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji czasu interwencji patroli na terenie miejskim i poza tym terenem. Wykonawca DES w swoim wyjaśnieniu podał, że na terenie lokalizacji obiektów wskazanych przez zamawiającego stacjonują grupy interwencyjne. W związku z tym czas reakcji na terenie miejskim wynosi 3 minuty (suma czasów reakcji dla 3 obiektów, co daje czas reakcji 1 min/obiekt) a poza terenem miejskim 7 minut (suma czasów reakcji dla 3 obiektów, co daje czas reakcji średnio 2,5 min/obiekt). W ocenie odwołującego zamawiający bezkrytycznie przyjął powołane wyjaśnienia i wybrał wykonawcę DES do wykonania przedmiotowego zamówienia. Działania zamawiającego naruszyły jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych tj. zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji

wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy. Jako kryteria pozacenowe oceny ofert zamawiający przyjął czasy reakcji patroli interwencyjnych. Przy wykonywaniu tego zamówienia wykonawcy muszą dysponować patrolami interwencyjnymi. W załączniku nr 4 do siwz zamawiający ustalił listę obiektów podlegających ochronie w formie podejmowania interwencji przez grupy interwencyjne. Jest to 41 obiektów zlokalizowanych na bardzo rozległym terenie. Ponadto zamawiający zastrzegł, że grupy interwencyjne mogą być kierowane do innych nie wymienionych na tej liście, o ile zaistnieje taka potrzeba zamawiającego. Nie jest więc możliwe, aby wykonawcy (agencje ochrony) wyznaczyły patrole interwencyjne do stacjonowania przy tych obiektach (co najmniej 41 patroli) przez 24 godziny na dobę, często zlokalizowanych poza obszarami miast. Jak wyjaśniał zamawiającemu odwołujący w piśmie z 11 czerwca 2012 r. grupy interwencyjne obsługują kilku klientów. Jest to podyktowane zasadami racjonalnego zarządzania zasobami przy uwzględnieniu kosztów utrzymania takich patroli. czasy reakcji patroli interwencyjnych podane w ofercie wykonawcy wybranego do wykonania przedmiotowego zamówienia zostały ustalone wyłącznie dla uzyskania maksymalnej liczby punktów w tych kryteriach, w oderwaniu od sposobu realizacji obowiązków wynikających z przyszłej umowy. We wzorze przyszłej umowy (załącznik nr 9 do siwz) zamawiający nie wymaga podania czasu reakcji patroli interwencyjnych w terenie miejskim i terenie wiejskim (§ 5 ust. 1 wzoru umowy). Do umowy (a więc i wykonania zamówienia) zamawiający wymaga podania czasu reakcji patroli interwencyjnych w godzinach dziennych oraz nocnych, a poza obszarem stacjonowania grup interwencyjnych czasy reakcji będą indywidualnie uzgadniane. W ofertach wykonawcy takiego rodzaju czasów reakcji grup interwencyjnych nie podawali. Zgodnie z postanowieniem działu XVII siwz zamawiający zawrze z wybranym wykonawcą umowę w sprawie zamówienia, zgodną ze wzorem stanowiącym załącznik nr 9 do siwz, zaś zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a oferty takich danych nie zawierały. A zatem czasy reakcji podane w ofercie służą jedynie do oceny ofert i nie będą przez zamawiającego weryfikowane przy realizacji umowy. Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą podał czasy reakcji grup interwencyjnych, które zapewniały mu uzyskanie maksymalnej liczby punktów w tych kryteriach w oderwaniu od sposobu świadczenia usług ochrony po uzyskaniu zamówienia, a zamawiający taki stan rzeczy zaakceptował, bez rzetelnego zweryfikowania, czy podane przez wykonawcę rozwiązania są obiektywnie możliwe do wykonania. Jako przykład odwołujący wskazał dwie lokalizacje: transformatorowa w Winnicy oraz obiekty zlokalizowane w Kutnie, jeden przy ul. Sobieskiego oceniany jako jeden z 3 obiektów położonych na terenie miejskim oraz GPZ Gołębiew, jako obiekt poza terenem miejskim. Na terenie miejscowości Winnica jest zlokalizowanych 13 stacji transformatorowych. Wykonawca DES podał czas reakcji 7 min dla 3 obiektów, co daje średnio 2,5 minuty/obiekt.

Zamawiający nie wskazał, która stacja transformatorowa zlokalizowana w Winnicy będzie przyjęta do oceny punktowej. Wykonawcy nie posiadali zatem wiedzy, przy którym obiekcie (stacji transformatorowej) ma stacjonować patrol interwencyjny. A zatem nasuwa się pytanie, skąd wiedzę taką posiadał wykonawca DES, przy której z tych stacji postawić patrol interwencyjny? Aby podany przez tego wykonawcę czas reakcji mógł być uznany za realny, należało wskazać do patrolowania tej gminy co najmniej kilka patroli. Dla kolejnych dwóch obiektów, które podlegały ocenie w zakresie kryterium czas reakcji patroli interwencyjnych były dwa obiekty w Kutnie. Te obiekty będą, zgodnie z załącznikiem nr 10 do oferty wykonawcy DES, obsługiwane przez jeden samochód, a zatem i jeden patrol. Odległość pomiędzy nimi to 1,7 km. Takiej odległości nie da się przejechać ani w ciągu 1, ani 2,5 minuty. Do czasu reakcji należy doliczyć czas odebrania sygnału czy telefonu, uruchomienia samochodu oraz przejazdu. Odwołujący dokonał szczegółowej analizy czasów dojazdu po ocenianych lokalizacji, a nadto zobrazował i udokumentował położenie stacji transformatorowych w Winnicy. Odwołujący załączył do odwołania m.in. dokumentację fotograficzną stacji transformatorowych w miejscowości Winnica. Stwierdził, że analiza czasów dojazdu do miejsc dojazdu patroli interwencyjnych podlegających ocenie wskazuje, iż określone w ofercie, uznanej przez zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza, czasy reakcji patroli interwencyjnych są nierealne i zostały podane wyłącznie w celu uzyskania tego zamówienia. Skoro w siwz zamawiający nie warunkował, że podane przez wykonawców w ofertach parametry będą przez zamawiającego weryfikowane przy realizacji przyszłej umowy, to dla dokonania rzetelnej oceny ofert zobowiązany był uzyskać pełne, logiczne wyjaśnienia treści tych ofert, zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 ustawy. Przepis ten nie ogranicza zamawiającego do jednokrotnego żądania wyjaśnień. Skoro wyjaśnienia wykonawcy były lakoniczne, zamawiający był uprawniony, a nawet zobowiązany, do żądania kolejnych. Dokonując wyboru oferty zamawiający nie może pozostawić elementów oferty niejasnych, które w efekcie mogą doprowadzić do błędnej oceny oferty (powołuje wyrok KIO z 13 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1107/11.) Złożenie oferty przez wykonawcę DES stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i powinna być odrzucona. Odwołujący podniósł, że ustawa nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji, lecz odsyła w tym zakresie do ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej uznk). Ustawa ta (uznk) w art. 3 zawiera definicję ogólną czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Szczegółowa specyfikacja czynów nieuczciwej konkurencji zawarta jest w przepisach art. 5-17 tej ustawy. Wśród wielu czynów zaliczanych do nieuczciwej konkurencji wymienia w art. 15 ust. 1 czyn polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Przepis ten specyfikuje w sposób

przykładowy czyny, które naruszają uczciwą konkurencję poprzez utrudnianie dostępu do rynku. Nie jest to jednak katalog zamknięty. Utrudnianiem dostępu do rynku może być każde nieuczciwe działanie innego przedsiębiorcy, które powoduje eliminowanie z wolnej gry rynkowej innych przedsiębiorców rzetelnie oferujących swoje towary czy usługi. Jak stwierdza się w komentarzu do Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pod redakcją prof. Janusz Szwaja C.CH. Beck Wyd. 2, Warszawa 2006 (art. 15) „Trzeba zauważyć, że z istoty swojej, każde działanie konkurencyjne może negatywnie wpływać na szanse innego przedsiębiorcy (konkurenta) na rynku, a tym samym na jego zyski. Ani więc utrudnianie innemu przedsiębiorcy działalności na rynku ani nawet jego całkowite wyparcie z rynku nie może być uznane za per se obce konkurencji. Przeciwnie, jest sensem i celem każdej konkurencji gospodarczej, aby podwyższając jakość swoich towarów lub usług odebrać konkurentom ich klientów. Sprzeczne z istotą i celem konkurencji jest dopiero takie "utrudnianie", które polega na podejmowaniu działań, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców rynkową konfrontację oferowanych przez nich towarów (świadczonych usług) w zakresie najistotniejszych parametrów konkurencji tj. głównie ceny i jakości towarów i usług, w efekcie czego swoboda podejmowania prowadzenia przez nich działalności gospodarczej ulega ograniczeniu. W takiej sytuacji pogorszenie sytuacji rynkowej innego przedsiębiorcy lub nawet jego wyparcie z rynku nie jest naturalnym efektem konkurencji; przeciwnie, jest rezultatem wykluczenia go z konfrontacji jakości i cen”. Zdaniem odwołującego zaoferowanie czasów reakcji patroli interwencyjnych, które w normalnym funkcjonowaniu agencji ochrony są nierzeczywiste, tylko w celu pozyskania zamówienia jest czynem nieuczciwej konkurencji, który uniemożliwił odwołującemu się pozyskanie tego zamówienia tylko z tego powodu, że zaoferował rzetelnie, realne czasy reakcji grup interwencyjnych. Zaoferowanie świadczenia, które stanowiło efekt matematycznych kalkulacji w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów w kryterium pozacenowym (czasy reakcji) jest działaniem szkodliwym, zagrażającym interesom innych przedsiębiorców, którzy działali zgodnie z najlepszą wiedzą, rzetelnie i w sposób jakiego w ich ocenie oczekiwał zamawiający. Złożenie oświadczenia woli tej treści (nierealne czasy reakcji) nie skutkowało żadnymi konsekwencjami przy wykonywaniu przyszłej umowy, albowiem zgodnie z treścią wzoru umowy dołączonego do siwz z tytułu niedotrzymania czasów dojazdu grup interwencyjnych wykonawcom nie zagrażają żadne konsekwencje, choćby w postaci kar umownych, a ponadto czasy reakcji podane w ofercie nie będą przeniesione do postanowień umowy o czym była mowa wcześniej (powołuje wyrok KIO z 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 640/11. Tym samym dokonana przez zamawiającego czynność wyboru oferty jako naruszająca przepisy ustawy powinna być unieważniona.

Na rozprawie odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowisko odwołującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest ochrona osób i mienia obiektów Energa – Operator S.A. Oddział w Płocku na terenie opisanym w załączniku 1 (dział IV pkt 1 siwz). Realizacja zamówienia przez wykonawcę polega m.in. na podejmowaniu interwencji przez grupy interwencyjne na polecenie zamawiającego przekazywane za pośrednictwem uzbrojonego stanowiska interwencyjnego we wskazanych miejscach usytuowania urządzeń lub przebiegu linii na terenie funkcjonowania zamawiającego; wykaz obiektów, które podlegają ochronie w formie działań grup interwencyjnych „na polecenie Zamawiającego” oraz opis działań grup interwencyjnych w terenie zawiera załącznik 4 do siwz (dział IV, pkt 2 siwz). Realizacja przedmiotu zamówienia będzie wymagała używania przez wykonawcę m.in. grup interwencyjnych SUFO, wyposażonych w broń palną bojową oraz normatyw amunicji, sprzęt specjalistyczny (środki przymusu bezpośredniego i środki łączności radiowej) gotowych do podjęcia działania z czasem reakcji określonym w załącznikach 2 - 4 do siwz (dział IV pkt 3 lit. b siwz).

Załączniki 2 – 4 do siwz nie określają czasu reakcji na podjęcie działania.

Kryteria oceny ofert – cena - 80%, czas reakcji patroli interwencyjnych na terenie miejskim - 6%, a poza terenem miejskim - 14 %. Czas reakcji patroli interwencyjnych na terenie miejskim – wartość najniższa otrzyma 100 pkt. Łączny czas podany w minutach liczony od momentu zadziałania sygnału lub złożenia polecenia o wyjeździe do momentu dojazdu do obiektów (do obliczeń należy wziąć pod uwagę łączny czas ustalony dla lokalizacji: GPZ Gulczewo, Kutno ul. Sobieskiego oraz GPZ Olechinek). Ocena punktowa zostanie określona jako stosunek najkrótszego czasu reakcji do czasu reakcji oferowanego pomnożony przez 100. Czas reakcji patroli interwencyjnych poza terenem miejskim – wartość najniższa otrzyma 100 pkt. Łączny czas podany w minutach liczony od momentu zadziałania sygnału lub złożenia polecenia o wyjeździe do momentu dojazdu do obiektów (do obliczeń należy wziąć pod uwagę łączny czas ustalony dla lokalizacji: do stacji transformatorowej w miejscowości Winnica, GPZ Gołębiew, GPZ Tuczki. Ocena punktowa zostanie określona jako stosunek najkrótszego czasu reakcji do czasu reakcji oferowanego pomnożony przez 100 (dział XIV pkt 1 siwz). Odpowiednie dane należało podać w formularzu oferty, w którym m.in. w pkt. 4 zamawiający wymagał złożenia oświadczenia, że wykonawca zobowiązuje się, w przypadku wyboru jego oferty, do zawarcia umowy na warunkach określonych w

projekcie umowy załączonym do siwz (załącznik 12 do siwz).

W dziale VI w pkt. 1.1.4 lit. g siwz zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do realizacji zamówienia wymagając m.in. dysponowania minimum 25 oznakowanymi pojazdami wykorzystywanymi przez grupy interwencyjne operujące na terenie funkcjonowania zamawiającego. Następnie w dziale VII pkt 1.1.10 siwz zamawiający wymagał w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu złożenia wraz z ofertą wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia wraz z informacją na podstawie dysponowania tymi zasobami w zakresie wskazanym w dziale VI pkt 1.1.4 lit. g – wzór wykazu stanowi załącznik 10 do siwz. Zgodnie ze wzorem powołanego załącznika wykonawca miał podać wykaz samochodów zapewniających interwencję zmotoryzowanych patroli SUFO, w tym typ/rodzaj pojazdu, nr rejestracyjny i obszar działania.

We wzorze umowy (załącznik 9 do siwz) zamawiający w par. 5 postanowił, że działanie grupy interwencyjnej nastąpi niezwłocznie w obiektach wymienionych w załączniku 4 i 5 do umowy lub w dowolnym miejscu na obszarze działania zamawiającego po przekazaniu polecenia w czasie „1) do ... minut – w godzinach od 22.00 do 6.00 dnia następnego, 2) do ... minut – w godzinach od 6.00 do 22.00 3) lub zgodnie z indywidualnymi uzgodnieniami poza obszarem stacjonowania grup interwencyjnych.”

Powołane postanowienia siwz nie były kwestionowane przez wykonawców w toku przedmiotowego postępowania.

Wykonawca DES wypełnił formularz oferty zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik 12 do siwz, w tym m.in. podał czas reakcji patroli interwencyjnych na terenie miejskim – 3 minuty, a poza terenem miejskim – 7 minut. Odwołujący wskazał czas reakcji patroli interwencyjnych na terenie miejskim – 11 minut, a poza terenem miejskim – 33 minuty. Obaj wykonawcy wypełnili załącznik 10 do siwz. Wykonawca DES podał w wykazie 25 samochodów, w tym w pozycji 9 samochód ciężarowy, który miałby obsługiwać obszar działania ponad 20 lokalizacji, w tym Kutno miasto.

Pismem z 4 czerwca 2012 r. zamawiający wezwał wykonawcę DES m.in. do wyjaśnienia sposobu kalkulacji czasu interwencji patroli na terenie miejskim i poza terenem miejskim.

W odpowiedzi pismem z 8 czerwca 2012 r. wykonawca DES wyjaśnił, że łączny czas

interwencji patroli na terenie miejskim i poza terenem miejskim został skalkulowany na podstawie sposobu obliczeń czasu reakcji określonych w dziale XIV siwz. Na terenie lokalizacji obiektów wskazanych przez zamawiającego w dziale XIV siwz stacjonują grupy interwencyjne wykonawcy DES, stąd podane w ofercie czasy reakcji patroli interwencyjnych.

15 czerwca 2012 r. odwołujący został zawiadomiony o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez DES (cena – 71, 93 pkt., czas reakcji patroli interwencyjnych na terenie miejskim – 6 pkt., a poza terenem miejskim – 14 pkt). Odwołujący otrzymał za cenę 80 pkt., czas reakcji patroli interwencyjnych na terenie miejskim – 1,64 pkt., a poza terenem miejskim – 2,97 pkt

Uwzględnwszy powyższe Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron Izba oddaliła odwołanie.

Osią sporu pomiędzy zamawiającym a odwołującym jest prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny oferty wykonawcy DES w kontekście art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Analiza zebranego w sprawie materiału dowodowego wskazuje, że odwołujący nie wykazał w toku postępowania odwoławczego, że oferta wykonawcy DES podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Jak słusznie zauważono w odwołaniu ustawa nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji, lecz odsyła w tym zakresie do uznk. Ustawa ta w art. 3 zawiera definicję ogólną czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest

działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Szczegółowa specyfikacja czynów nieuczciwej konkurencji zawarta jest w przepisach art. 5 -17 tej ustawy. Wśród wielu czynów zaliczanych do nieuczciwej konkurencji wymienia w art. 15 ust. 1 czyn polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Przepis ten specyfikuje w sposób przykładowy czyny, które naruszają uczciwą konkurencję poprzez utrudnianie dostępu do rynku. Nie jest to jednak katalog zamknięty. Utrudnianiem dostępu do rynku może być każde nieuczciwe działanie innego przedsiębiorcy, które powoduje eliminowanie z wolnej gry rynkowej innych przedsiębiorców rzetelnie oferujących swoje towary czy usługi. Izba zgadza się także z odwołującym, że zaoferowanie czasów reakcji patroli interwencyjnych, które w normalnym funkcjonowaniu agencji ochrony są nierzeczywiste, tylko w celu pozyskania zamówienia może zostać zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, który uniemożliwia innym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu i rzetelnie sporządzającym swoją ofertę, pozyskanie zamówienia tylko z tego powodu, że zaoferowali realne czasy interwencji. Skoro zamawiający w ramach kryteriów oceny oferty niejako zapremiował szybkość przedmiotowej reakcji grupy interwencyjnej, to powyższe działanie zdaje się skłaniać wykonawców do wskazywania jak najkrótszych parametrów w tym zakresie, nawet jeśli byłyby one nierealne do wykonania. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, takie działania nakierowane by były na uzyskanie przedmiotowego zamówienia - zmierzały do wygrania za wszelką cenę przetargu prowadzonego przez zamawiającego, nawet jeśli w tym celu podano nierealny czas reakcji grupy interwencyjnej, co w istocie stanowiłoby zachowanie sprzeczne z dobrymi obyczajami w działalności gospodarczej, godzące w zasady uczciwej konkurencji. Takim zachowaniem z całą pewnością jest oferowanie świadczenia w konkretnych warunkach niewykonalnego do spełnienia (mowa tu o spornym czasie reakcji grupy interwencyjnej) po to tylko, by uzyskać zamówienie (tak też w wyroku KIO z 16 czerwca 20120 r., sygn. akt KIO 1059/10).

Okoliczności, że na gruncie konkretnej sprawy oferta została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji wymaga udowodnienia, z uwzględnieniem także treści siwz obowiązującej w danej sprawie i stanowiącej dla wykonawców wiążącą ich instrukcję, jak przygotować ofertę. Ciężar wykazania okoliczności, z których odwołujący wywodzi skutki prawne (konieczność odrzucenia oferty wykonawcy DES), zgodnie z ogólnymi regułami wynikającymi z art. 6 kc, obciąża w okolicznościach sprawy odwołującego (tak też wyrok KIO z 16 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1639/11). Analogicznie jak to jest w procesie cywilnym, ów ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej)

dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności - tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Skoro odwołujący wywodził, że kwestionowany czas interwencji jest nierealistyczny, to powinien tę okoliczność wykazać w toku postępowania odwoławczego. Odwołujący w opinii Izby takich dowodów w niniejszej sprawie nie przedstawił.

Argumentacja odwołującego zawarta zarówno w odwołaniu, jak i przedstawiona w toku rozprawy sprowadzała się do ogólnych twierdzeń, że nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu podanego dla potrzeb oceny ofert czasu reakcji grupy interwencyjnej. Jednak należy zwrócić uwagę na dwa aspekty, które trzeba uwzględnić odnosząc się do stanowiska odwołującego.

Po pierwsze – zamawiający w siwz nie powiązał deklarowanego dla potrzeb oceny ofert czasu interwencji z realizacją umowy i z obowiązkiem dotrzymania tego czasu reakcji w toku wykonywania umowy. Nie jest także tak, iż zamówienie będzie musiało być realizowane przy użyciu tylko 25 wymienionych w załączniku 10 do siwz samochodów, na wskazanych tam obszarach. Złożenie wykazu służyło wykazaniu spełnienia przez wykonawcę DES warunku udziału w postępowaniu opisanego w dziale VI.1.1.4 lit g siwz. Zamawiający w żaden sposób w siwz nie powiązał tych dwóch elementów. Nie postawił w siwz także żadnych wymagań co do minimalnego czasu reakcji, nie wskazał, że wykonawców będzie obowiązywał czas reakcji podany w formularzu oferty. Zatem dowodzenie, że wykonanie przedmiotu zamówienia przy zadeklarowanym czasie reakcji jest niemożliwe, nie znajduje uzasadnienia w świetle treści siwz.

Po drugie – odwołujący powinien zmierzać do wykazania, że czas interwencji przyjęty przez wykonawcę DES dla potrzeb oceny ofert z uwzględnieniem wytycznych zawartych przez zamawiającego w dziale XIV pkt 1 siwz jest niemożliwy do osiągnięcia. Wykazanie tej okoliczności było jednak w realiach sprawy znacząco utrudnione wobec nieprecyzyjnych postanowień siwz w omawianym zakresie. Przykładowo w Winnicy (lokalizację tę należało

wziąć pod uwagę obliczając czas reakcji) znajduje się ponad 10 stacji transformatorowych (zamawiający nie określił, którą stację należy wziąć pod uwagę obliczając czas reakcji patrolu), zatem wykonawca DES mógł dla obliczeń przyjąć którąkolwiek z nich. Ponadto zamawiający nie określił w siwz, czy czas reakcji należy ustalić przyjmując, że interwencja będzie odbywała się przy użyciu jednego patrolu, czy kilku. Nie było określone także w siwz, jaki punkt należy przyjąć, jako początkowy dla podjęcia interwencji. Gdyby odwołujący chciał wykazać niemożliwość osiągnięcia deklarowanych czasów reakcji, powinien odnieść się do wszystkich możliwych lokalizacji uwzględniając wszystkie zmienne, które mogą mieć wpływ w świetle siwz na ustalenie czasu reakcji patrolu interwencyjnego - zamawiający w siwz pozostawił wykonawcom dużą swobodę, co do sposobu obliczenia czasu reakcji patrolu interwencyjnego. Nie było zatem przeszkód, w świetle postanowień siwz, aby dla potrzeb oceny ofert przyjąć, iż patrol będzie stacjonował w pobliżu lokalizacji wymienionych w dziale XIV pkt 1 siwz. Odwołujący sam przyznał, że gdyby przyjął dla oceny ofert, że swoje patrole postawi w pobliżu lokalizacji, które należało uwzględnić przy obliczaniu czasu reakcji patrolu interwencyjnego dla potrzeb porównania ofert, mógłby podać czas reakcji krótszy niż wykonawca DES.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający w siwz zakreślił ramy i zasady badania ofert, w tym kryteria oceny ofert, które po upływie terminu składania ofert są wiążące zarówno dla niego, jak i dla wykonawców, co służyć ma realizacji wyrażonej w art. 7 ust.1 ustawy zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Tym samym nie jest także dopuszczalne żądanie przez zamawiającego w fazie oceny ofert informacji nie wymaganych w siwz. Zamawiający jest jedynie zobowiązany do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wątpliwości dotyczących treści oferty, co uczynił w niniejszej sprawie. Jeśli miałby dalsze wątpliwości, mógłby procedurę wyjaśniania oferty kontynuować, lecz w stanie faktycznym sprawy – uwzględniając postanowienia siwz opisujące kryteria oceny ofert – zamawiający miał podstawy by uznać kwestię podanego przez wykonawcę DES czasu reakcji patrolu interwencyjnego za wyjaśnioną.

Uwzględniając przedstawioną przez Izbę argumentację żaden z zarzutów odwołania nie znalazł potwierdzenia.

Izba pominęła odpowiedź zamawiającego na odwołanie złożoną w toku posiedzeniu, bowiem podpisana została przez osobę nie umocowaną do działania w imieniu zamawiającego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Jednocześnie jednak na marginesie rozważań odnieść się należy do charakteru

prawnego informacji o deklarowanym czasie reakcji patrolu interwencyjnego podanych w formularzu oferty przez wykonawców. Przyjąć należy, w świetle postanowień siwz, a w szczególności wzoru umowy, zgodnie z którym wybrany wykonawca realizował będzie zamówienie na rzecz zamawiającego, że oświadczenie wykonawców zawarte w formularzu oferty w tej kwestii (czas reakcji patrolu interwencyjnego) ma wyłącznie walor informacyjny.

Nie stanowi elementu oświadczenia woli (oferty w rozumieniu art. 66 par. 1 kc w zw. z art. 14 Pzp). Wykonawca na gruncie analizowanej sprawy – ze względu na treść sporządzonej przez zamawiającego siwz - nie zobowiązuje się dotrzymać wskazanego czasu interwencji w toku realizacji umowy. Jeśli zatem dane te mają walor wyłącznie informacyjny i nie stanowią oferty, zamawiający nie był uprawniony, aby ten aspekt realizacji zamówienia oceniać w sposób i na zasadach wskazanych w dziale XIV pkt 1 siwz. Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy kryteria oceny dotyczą oferty, a nie innych oświadczeń czy deklaracji wykonawcy, nie stanowiących oferty w rozumieniu art. 66 par. 1 kc. Tym samym należy podnieść, iż zamawiający nieprawidłowo określił kryteria oceny ofert w niniejszym postępowaniu, co powinno skłonić go do rozważenia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp. Umowa zawarta z wykonawcom, który wybrany został na podstawie kryteriów nie odnoszących się do treści oferty, podlegać będzie bowiem unieważnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

W tym stanie rzeczy, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:

