Sygn. akt KIO 262/19

WYROK
z dnia 27 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Marek Koleśnikow
Protokolant:Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2019 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Świętego Jerzego 1a, 50-518 Wrocław**w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Krapkowice, 48303 Krapkowice, ul. 3 Maja 17**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Świętego Jerzego 1a, 50-518 Wrocław**
i:

2.1)zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Świętego Jerzego 1a, 50-518 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania;

2.2)zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Świętego Jerzego 1a, 50-518 Wrocław** na rzecz zamawiającego **Gmina Krapkowice, 48303 Krapkowice, ul. 3 Maja 17** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez **zamawiającego** z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 262/19

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

Zamawiający Gmina Krapkowice, 48303 Krapkowice, ul. 3 Maja 17 wszczął postępowanie na usługi w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Krapkowice«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 15.12.2018 r. pod nrem 2019/S 242553053.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 8.02.2019 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Naprzód Spółka z Ograniczoną Odpowiedzialnością z siedzibą w Rydułtowy, ul. Raciborska 144B, 44280 Rydułtowy.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Świętego Jerzego 1a, 50-518 Wrocław, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 14 i 18.02.2019 r. do Prezesa KIO odwołanie
i uzupełnienie odwołania na:

1)czynności dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę „Naprzód" Sp. z o.o., ul. Raciborska 144B, 44-280 Rydułtowy [dalej wykonawca N] w postępowaniu, w którym ofertę złożył również odwołujący;

2)zaniechanie uznania, że wykonawca N podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp;

3)zaniechanie uznania, że wykonawca N podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;

4)zaniechanie uznania, że wykonawca N podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp;

5)zaniechanie uznania, że wykonawca N podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp;

6)zaniechanie uznania, że wykonawca N podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp;

7)niezastosowanie przez zamawiającego kryteriów oceny kwalifikacji podanych
w ogłoszeniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [dalej SIWZ],
a w rezultacie przyznanie wykonawcy N określonej liczby punktów, podczas gdy zgodnie z tymi kryteriami punktów nie powinien otrzymać;

8)zaniechania dopełnienia przez zamawiającego obowiązku prawidłowej oceny ofert
w zakresie przyznawania punktów za spełnienie pozacenowych kryteriów,
a w konsekwencji niezgodnego z przepisami Pzp przyznania dodatkowej punktacji wykonawcy N;

9)prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości – zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy N, który nie wykazał braku podstaw wykluczenia;

2)art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy N, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;

3)art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy N, który podlega wykluczeniu, gdyż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;

4)art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy N, z powodu wprowadzania zamawiającego w błąd mający istotny wpływ na wynik postępowania;
5)art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
6)art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
7)art. 91 ust. 1 Pzp z uwagi na niezastosowanie przez zamawiającego kryteriów oceny kwalifikacji podanych w ogłoszeniu i SIWZ, a w rezultacie przyznanie wykonawcy N określonej liczby punktów, podczas gdy zgodnie z tymi kryteriami punktów nie powinien otrzymać.

Odwołujący wniósł o:
1)unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy N jako oferty najkorzystniejszej;
2)wykluczenie z postępowania wykonawcy N na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z powodu niewykazania braku podstaw wykluczenia;
3)odrzucenie oferty wykonawcy N na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu niezgodności oferty z treścią SIWZ;
4)odrzucenie oferty wykonawcy N na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, ponieważ wykonawca N podlega wykluczeniu;
5)wykluczenie z postępowania wykonawcy N na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp z powodu wprowadzania zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania przy przedstawieniu informacji, że wykonawca N nie podlega wykluczeniu oraz mających wpływ na decyzje zamawiającego;
6)odrzucenie oferty wykonawcy N na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
7)odrzucenie oferty wykonawcy N na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp ze względu na brak możliwości uzupełnienia lub zmiany treści oferty;
8)dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego

I. Uzasadnienie zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp – naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy N, który nie wykazał braku podstaw wykluczenia

Zamawiający w pkt III ust. 2 SIWZ poinformował potencjalnych wykonawców, że z przedmiotowego postępowania wykluczy wykonawcę, w stosunku do którego zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12-22 Pzp. W związku z przygotowaniem oferty w sposób istotnie wprowadzający w błąd zamawiającego, przy czym błąd ten ma wpływ na wynik postępowania – niewątpliwie wykonawca N powinien zostać wykluczony z postępowania.

II. Uzasadnienie zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 2 – naruszenie obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp

Zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy N ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ. Oferta wykonawcy N jest niezgodna z postanowieniami SIWZ w zakresie wypełnienia Załącznika nr 1 do SIWZ – Formularza ofertowego. W przedmiotowym formularzu w sekcji dotyczącej zobowiązania wykonawcy do prowadzenia działań edukacyjno-informacyjnych wykonawca N, wbrew żądaniom zamawiającego, zaznaczył wszystkie trzy możliwości przeprowadzenia tych działań. Postanowienia SIWZ dokładnie określały jak powinien zostać wypełniony Formularz ofertowy, zamawiający precyzyjnie określił jakie są wymagania zamawiającego, co do przeprowadzania działań edukacyjnoinformacyjnych – spełnieniem warunków SIWZ jest zaznaczenie czyli zadeklarowanie przeprowadzenia tych działań wyłącznie w jednej z zaproponowanych form.

W tym przypadku niewątpliwie mamy do czynienia z precyzyjnym opisem kryterium. W dziale XII SIWZ – Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, zamawiający jasno i precyzyjnie opisał, że będzie się kierować kryteriami i współczynnikami wag (znaczeniem) do tych kryteriów. W przypadku zaznaczenia przez wykonawcę N wszystkich wariantów przeprowadzania tych działań – zamawiający nie tylko nie może przyznać w tym kryterium żadnych dodatkowych punktów, ale również powinien stwierdzić, że tak sporządzona oferta nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący wskazał na orzeczenie KIO 419/18.

III. Uzasadnienie zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp – naruszenie obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy N, który podlega wykluczeniu

Gdyby nawet nie brać pod uwagę rażącego niedbalstwa przy przygotowywaniu oferty, świadomego wprowadzania w błąd zamawiającego oraz niezgodności treści oferty z SIWZ, zamawiający mógłby w toku badania ofert przyznać wykonawcy N 0 pkt za kryterium K_2, bowiem nieprawidłowe wypełnienie tej części formularza ofertowego powoduje, że wykonawca N nie zadeklarował jaką opcję działań edukacyjnoinformacyjnych zamierza przeprowadzić. Z uwagi jednak na to, że zamawiający w SIWZ nie przewidział procedury postępowania na wypadek, gdyby zaszła sytuacja, w której wykonawca zaznaczy wszystkie opcje kryterium K_2 – niemożność ustalenia informacji istotnych dla oceny oferty co do zasady stanowi poważną jej wadę i prowadzi do niemożliwości jej oceny. Z takiego też założenia powinien wyjść zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty.

Wobec szerokiej argumentacji odwołującego odnośnie do konieczności podjęcia decyzji o zgodnym z ustawą Pzp wykluczeniu wykonawcy N – zamawiający powinien w konsekwencji wykluczenia wykonawcy – odrzucić ofertę wykonawcy N.

IV. Uzasadnienie zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp – naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy, z powodu wprowadzania zamawiającego w błąd mający istotny wpływ na rozstrzygnięcie postępowania

Zamawiający powinien wykluczyć z postępowania wykonawcę N, który w celu uzyskania zamówienia celowo wprowadza zamawiającego w błąd. Oferta złożona przez wykonawcę N zawiera istotne błędy w formularzu ofertowym, które uniemożliwiają dokonanie prawidłowej oceny oferty w zakresie ewentualnego przyznania punktów w ramach kryterium K_2 – działania edukacyjnoinformacyjne. Wykonawca N jako jedyna spośród wykonawców zaznaczył 3 opcje przeprowadzenia działań edukacyjno-informacyjnych, co jest niezgodne z oczekiwaniami zamawiającego zawartymi w Załączniku nr 1 do SIWZ cyt.: „* skreślić niewłaściwe punkty (wybrać i zaznaczyć właściwy punkt 5.1 lub 5.2 lub 5.3)". Odwołujący przytoczył orzeczenie KIO 1389/14.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający precyzyjnie opisał kryterium. W dziale XII SIWZ Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, zamawiający jasno i precyzyjnie opisał, że będzie się kierować kryteriami i współczynnikami wag (znaczeniem) do tych kryteriów.

Działanie wykonawcy N nosi znamiona wprowadzania w błąd zamawiającego w celu wpłynięcia na wynik postępowania, przy czym wprowadzanie w błąd ma tu znamiona celowości. Możliwe jest, że wykonawca ten próbował wymusić na zamawiającym przyznanie punktów za każde zaznaczone kryterium – czyli w sumie 45 punktów. Zaznaczyć tutaj należy, że takie działanie nie wynika z błędnej interpretacji wykonawcy N wynikającej z niejasności postanowień SIWZ, bo żaden z wykonawców takich wątpliwości nie miał w przypadku tego warunku, innymi słowy – nie pojawił się w tym zakresie żaden wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ w trybie art. 38 ust. 1 Pzp. Odwołujący przytoczył orzeczenie KIO 419/18 i KIO 2736/17.

Zgodnie z art. 45 ust. 2g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (DZ. U. UE nr 134, poz. 114 ze zm.), z udziału w postępowaniu można wykluczyć każdego z wykonawców, który jest winny poważnego wprowadzenia
w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych dyrektywą. Wprowadzenie w błąd musi mieć przy tym charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy.

Wykonawca N jest podmiotem świadczącym usługi na rynku odbioru odpadów od ponad 20 lat (jak podaje na swojej stronie internetowej, link:).
W tym czasie podmiot ten wielokrotnie brał udział w postępowaniach przetargowych, w których ubiegał się o zamówienia publiczne. Wobec tak profesjonalnego podmiotu stosuje się odpowiedni miernik należytej staranności. Odwołujący przytoczył orzeczenie KIO 1215/18.

W związku z powyższym złożenie przez wykonawcę N oferty zawierającej tak poważne błędy nosi również znamiona rażącego niedbalstwa przy jej przygotowaniu. Odwołujący przytoczył orzeczenie KIO 1085/17.

Brak dołożenia należytej staranności przy przygotowaniu oferty powinno wywodzić skutki prawne wobec takiego wykonawcy w postaci wykluczenia z postępowania.

Natomiast przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp odnosi się do wprowadzenia zamawiającego w błąd informacjami – obejmującymi swym zakresem nie tylko informacje dotyczące braku podstaw do wykluczenia oraz spełniania warunków udziału – ale szeroko obejmując swym zakresem również wszelkiego rodzaju informacje. Rozszerzając zakres informacji, jakimi zamawiający może być wprowadzony przez wykonawcę w błąd, Ustawodawca w przepisie tym przewidział granicę tej odpowiedzialności – zastrzegając, że informacje te muszą być informacjami mogącymi mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Dla skutecznego wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp niezbędne jest wykazanie, że łącznie zostały spełnione trzy przesłanki:

1)przedstawione przez wykonawcę informacje wprowadzają zamawiającego w błąd;
2)informacje wprowadzające w błąd mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego;
3)przedstawienie informacji wprowadzających w błąd nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

W przypadku podania błędnych informacji, w wyniku których zamawiający przyznał wykonawcy N maksymalną liczbę punktów w kryterium K2 – wykonawca N w klasyfikacji ogólnej, czyli punktacji przyznawanej przez zamawiającego otrzymał maksymalną liczbę 100 punktów, w wyniku czego, zamawiający dokonał wobec wykonawcy N wyboru najkorzystniejszej oferty.

Naruszeniem art. 24 ust. 16 Pzp jest również fakt niezłożenia przez wykonawcę N dokumentu potwierdzającego dysponowanie na dzień składania oferty pojazdu o normie emisji spalin EURO 6, co było jednym z kryteriów oceny ofert. Wykonawca N w wyniku zamierzonego działania wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że wykonawca N spełnia kryteria, którymi zamawiający kierował się przy wyborze oferty. Niezłożenie załącznika do oferty dokumentującego posiadanie takiego pojazdu wśród taboru planowo wykorzystanego do realizacji usługi, powinno prowadzić do wniosku, że wykonawca N takim pojazdem nie dysponuje, zatem nie spełnia dodatkowo punktowanego kryterium oceny ofert.

V. Uzasadnienie zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp – naruszenie obowiązku odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Podjęte przez wykonawcę N działania mające na celu wprowadzenie w błąd zamawiającego, w wyniku których prawidłowo skonstruowane pozostałe oferty nie miałyby szans przy ocenie przyznanej punktacji, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Fakt powstania czynu nieuczciwej konkurencji zachodzi, jeśli treść lub sposób złożenia oferty jest sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami i prowadzi do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy ocenie, czy konkretna oferta może zostać zakwalifikowana jako czyn nieuczciwej konkurencji, należy odwoływać się do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („UZNK") Co istotne, czyny nieuczciwej konkurencji mogą przybrać zarówno postać działań stypizowanych w poszczególnych przepisach UZNK lub też wynikać ze spełnienia kryteriów klauzuli generalnej
z art 3 UZNK.

Ogólnie – za czyn nieuczciwej konkurencji uznaje się takie okoliczności jak manipulacje ceną czy kryteriami oceny ofert, które stanowią podstawę wyboru danego wykonawcy
i w sposób oczywisty wskazują na zachowania nieuczciwe, powodujące wyeliminowanie
z rynku innych przedsiębiorców (por. wyrok KIO z 23 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 49/18).

Zamawiający ma obowiązek odrzucenia każdej oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, niezależnie od tego, czy ma ona wpływ na wynik postępowania
o udzielenie zamówienia publicznego (por. wyrok KIO z 14 marca 2017 r., sygn. akt KIO 373/17). Odrzuceniu podlegać będą zatem również te oferty, które ostatecznie i tak nie mogłyby zostać wybrane jako najkorzystniejsze, a zamawiający musi przy tym wskazać,
z jakim czynem nieuczciwej konkurencji mamy do czynienia i na czym on w okolicznościach konkretnej sprawy polega (por. wyrok KIO z 13 marca 2017 r., sygn. akt KIO 340/17).

Czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 14 ust. 1 UZNK jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Wprowadzające w błąd informacje mogą dotyczyć samego wykonawcy, jego doświadczenia i kwalifikacji, osób, którymi ma zamiar posługiwać się przy wykonywaniu zamówienia, sytuacji prawnej i

finansowej, stosowanych materiałów czy rodzaju zrealizowanych prac.

VI. Uzasadnienie zarzutu z art. 87 ust. 1 – naruszenie obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy N ze względu na brak możliwości uzupełnienia lub zmiany treści oferty

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ – Formularz ofertowywykonawca miał obowiązek zaznaczyć wyłącznie jedną formę przeprowadzenia działań edukacyjno-informacyjnych.
W załączniku nr 1 wskazano bowiem cyt.: „* skreślić niewłaściwe punkty (wybrać i zaznaczyć właściwy punkt 5.1 lub 5.2 lub 5.3". Zdaniem odwołującego oznacza to, że punkty mogą zostać przyznane wyłącznie w przypadku zadeklarowania przez wykonawcę jednej z form przeprowadzenia działań edukacyjnoinformacyjnych. Zgodnie natomiast z § 1 ust. 2 pkt 12 Wzoru umowy: przedmiot zamówienia obejmuje prowadzenie działań edukacyjno-informacyjnych – zgodnie z ofertą. Zgodnie z Projektem umowy (Załącznik nr 9 do SIWZ)
w momencie jej zawarcia również należy skreślić opcję, którą wykonawca zadeklarował
w ofercie. W przypadku uznania, że oferta wykonawcy N sporządziła ofertę prawidłowo – niemożliwym byłoby uzupełnienie w ww. zakresie postanowień umownych.

Błędnie wypełniony formularz ofertowy przez wykonawcę N nie podlega poprawieniu
(w ramach omyłek w ofercie), bowiem zmiana taka byłaby istotną zmianą oferty wpływającą na wynik postępowania. Odwołujący przytoczył orzeczenie KIO 113/18 i KIO 116/18.

VII. Uzasadnienie zarzutu z art. 7 ust. 1 Pzp – naruszenie zasady, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości

Wybór oferty najkorzystniejszej ze wskazaniem na wykonawcę, który naruszył przepisy Pzp, prowadziłby do naruszenia przez zamawiającego zasady zawartej w art. 7 ust. 1 Pzp, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Odwołujący przytoczył orzeczenie KIO 2564/15.

Przyznanie wykonawcy N punktów za posiadanie lub dysponowanie pojazdem posiadającym normę emisji spalin EURO 6 jest naruszeniem równego traktowania wykonawców bowiem wykonawca N w odróżnieniu od odwołującego nie złożył wraz z ofertą żadnego dokumentu, na podstawie którego zamawiający mógłby dokonać prawidłowej oceny czy wykonawca N rzeczywiście na dzień składania ofert taki pojazd posiada. Odwołujący przytoczył orzeczenie KIO 365/18.

VIII. Uzasadnienie zarzutu z art. 91 ust. 1 Pzp z uwagi na niezastosowanie przez zamawiającego kryteriów oceny kwalifikacji podanych w ogłoszeniu i SIWZ, a w rezultacie przyznanie wykonawcy N punktów, podczas gdy zgodnie z tymi kryteriami punktów nie powinien otrzymać

Zamawiający w Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty przekazał informacją
o przyznaniu wykonawcy N 20,00 punktów za przeprowadzenie działań edukacyjnoinformacyjnych oraz 20,00 punktów za posiadanie pojazdów o emisji spalin EURO 3 lub EURO 5 lub EURO 6.

W zakresie przyznania dodatkowej punktacji za prowadzenie działań edukacyjnoinformacyjnych, w świetle niepodważalnych dowodów, że w tym kryterium wykonawca N popełnił błąd, który powinien skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania, przyznawanie jakiejkolwiek punktacji wykonawcy N jest niezgodne z ustawą Pzp.

Natomiast w zakresie przyznania punktacji w kryterium środowiskowym (kryterium K_3) zamawiający nie zastosował kryteriów oceny kwalifikacji podanych w ogłoszeniu i SIWZ, przyznając wykonawcy N dodatkowe punkty za posiadanie 1 pojazdu o emisji spalin EURO 6wykorzystywanego do realizacji przedmiotu umowy (zgodnie z pkt XII ust. 3 SIWZ). W opisie kryteriów którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Zamawiający podał informację, że dla spełnienia kryterium K_3 wykonawca powinien wykazać się posiadaniem pojazdów, o których mowa w pkt 1.3.1.1 lub 1.3.1.2 dział III SIWZ – dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym. Oznacza to bezspornie, że kryterium to jest nierozerwalnie związane w warunkami udziału w postępowaniu oraz podstawami wykluczenia (dział III SIWZ). W związku z tym wraz z zaznaczeniem (oświadczeniem) zawartym w Załączniku nr 1 do SIWZ – Formularzu ofertowymo dysponowaniu jednym pojazdem (o których mowa w pkt 1.3.1.1 lub 1.3.1.2 działu III SIWZ), wykonawca zobowiązany był złożyć wraz z ofertą dokument potwierdzający dysponowanie takim pojazdem oraz potwierdzający jego normę emisji spalin. Przy czym dokument ten powinien zawierać informacje pozwalające na zidentyfikowanie tego pojazdu pośród wszystkich pojazdów jakie wykonawca będzie składał w uzupełnieniu do oferty w postaci zał. nr 7 do SIWZ Wykaz sprzętu Konieczność weryfikacji spójności informacji zawartych w załączniku do formularza ofertowego oraz Załącznika nr 7 do SIWZ wynika wprost z ww. postanowień dokumentacji przetargowej, która powinna być czytana łącznie. Zatem dla zidentyfikowania pojazdu, za posiadanie którego wykonawca może otrzymać punkty w kryterium oceny ofert konieczne jest przedstawienie dokumentu zawierającego informacje
o marce, numerze rejestracyjnym pojazdu oraz o posiadanej przez niego normie emisji spalin. Jak inaczej zamawiający mógłby zweryfikować posiadanie lub dysponowanie takim pojazdem na dzień składania ofert. Odwołujący przytoczył orzeczenie KIO 365/18.

Bez znaczenia jest tu użyte przez zamawiającego pojęcie „powinien dysponować lub będzie dysponował" (pkt 1.3.1.1. SIWZ), gdyż stwierdzenie „będzie dysponował" nie odnosi się do czasu przyszłego (czyli możliwości dysponowania potencjałem dopiero w momencie podpisania umowy czy rozpoczęcia świadczenia usługi), a do możliwości powoływania się na zasoby innych podmiotów o czym mowa szerzej w sekcji IV pkt 3 SIWZ Nie ma zatem innej możliwości na weryfikację spełniania kryterium K_3 niż złożenie w załączeniu do oferty dokumentu potwierdzającego dysponowanie wymaganym pojazdem.

Wykonawca ENERIS Surowce S.A. [dalej – wykonawca E]jako jeden z uczestników postępowania przetargowego również nie dochował należytej staranności w przygotowaniu oferty zupełnie pomijając orzecznictwo KIO, którego był inicjatorem (jako odwołujący), nie załączył do oferty wykazu pojazdu z normą emisji spalin EURO 6 Odwołujący zaznaczył jest w tym momencie również fakt, że wykonawca E ani też wykonawca N nie składali w toku postępowania wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ w trybie art. 38 Pzp w zakresie doprecyzowania na podstawie jakiego dokumentu zamawiający będzie w stanie ocenić prawdziwość składanej w formularzu ofertowym deklaracji.

Odwołujący uzupełnił odwołanie w terminie do wniesienia odwołania wynikającym z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Uzasadnienie zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp – naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy N, który nie wykazał braku podstaw wykluczenia oraz który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający żądał, aby wykonawca złożył m.in.:

1. Wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wraz
z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączenia dowodów czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie – wg zał. nr 6 do SIWZ – wykonawca N złożył na wezwanie zamawiającego wykaz usług, w którym wskazał dwie usługi:

– świadczona na rzecz Gminy Strzelce Opolskie od 1.07.2017 r. do wystawienia rekomendacji z 5.11.2018 r. oraz rekomendacji z 5.02.2019 r. Usługa wskazana realizowana była przez konsorcjum firm, na którego czele stał wykonawca N. Z przedmiotowego dokumentu nie wynika w jakim zakresie wykonawca N realizował usługę. Ze złożonych rekomendacji trudno też wywnioskować czy lider konsorcjum wykonywał tylko usługę odbioru, tylko usługę zagospodarowania czy też częściowo odbioru i częściowo zagospodarowania. W związku z tak niejasnym prezentowaniem danych – zamawiający nie mógł ocenić czy złożone rekomendacje potwierdzają spełnianie warunku wymaganej wartości i przedmiotu świadczonej usługi.

Wykonawca N nie wykazał więc, jaki był faktyczny zakres wykonywanych przez niego prac. Kwestią sporną jest zatem prawidłowość czynności zamawiającego, polegającej na uznaniu, że wykonawca N spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z treści złożonych referencji nie wynika, jaki był zakres merytoryczny robót wykonanych przez wykonawcę N ani za jaką kwotę zostały one zrealizowane. Zamawiający powinien zbadać, jaki był faktyczny udział wykonawcy N w konsorcjum, ponieważ nieuprawione jest zaliczanie na poczet doświadczenia robót, wykonanych w ramach konsorcjum, bez udowodnienia, jaką część dany wykonawca faktycznie zrealizował.

W załączeniu do uzupełnienia odwołania odwołujący przekazał dowód w postaci wydruków ze stron internetowych przedmiotowych członków konsorcjum, z których wynika, że harmonogram odbioru odpadów dla Gminy Strzelce Opolskie dostępny jest na stronie Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych i Mieszkaniowych Sp. z o.o., które w ramach tej usługi zajmuje się odbiorem i transportem odpadów. Natomiast zakres jaki wykonuje wykonawca N to wyłącznie zagospodarowanie odpadów – spółka bowiem dysponuje własną RIPOK tj. Zakład Zagospodarowania Odpadów w Dzierżysławiu. Odwołujący przytoczył orzeczenie Trybunał Sprawiedliwości UE wydał wyrok w sprawie C-387/14.

– świadczona na rzecz Miasta Radlin w okresie od 1.01.2016 r. do 31.12.2017 r. usługa odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów. Złożone na potwierdzenie wykonania tej usługi referencje są nieaktualne, zatem zamawiający nie mógł na ich podstawie ocenić spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Złożone referencje dotyczą usługi zrealizowanej (zakończonej), odnośnie do której wykonawca winien złożyć referencje wystawione z datą nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert (sekcja V ust. 1 pkt 1.4 SIWZ). Termin składania ofert przypadał na 25.01.2019 r., zatem referencje wystawione 23.10.2018 r. są nieaktualne.

2. Wykaz sprzętu dostępnego wykonawcy w celu realizacji zamówienia oraz informacją o posiadanej bazie magazynowo transportowej wraz z informacją o podstawie dysponowania nimi – wg załącznika nr 7 do SIWZ. Wykonawca N złożył ww. wykaz, który w swojej treści nie zawiera informacji (oświadczenia) jaką normę emisji spalin spełniają wymagane pojazdy.

W załączeniu do uzupełnienia odwołania odwołujący złożył dowód w postaci wydruków ofert zakupu lub sprzedaży pojazdów wyprodukowanych w 2018 r., z których jeden posiada normę emisji spalin na poziomie EURO 5, a drugi EURO 3. Zamawiający nie może zatem oceniać normy emisji spalin pojazdu wyłącznie na podstawie informacji o dacie jego produkcji.

W przypadku nie zawarcia przez wykonawcę N informacji o posiadanej przez wykazane pojazdy normy emisji spalin, zamawiający nie miał możliwości dokonania prawidłowej oceny spełniania warunku dysponowania pojazdem o normie emisji spalin EURO 6, za które wykonawca ten otrzymał dodatkowe punkty w kryterium pozacenowym (K_3).

II. Uzasadnienie zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp – naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy, z powodu wprowadzania zamawiającego w błąd mający istotny wpływ na rozstrzygnięcie postępowania

Składane przez wykonawcę N dokumenty na potwierdzenie pozornego spełniania warunków stawianych w SIWZ zarówno tych dotyczących udziału w postępowaniu, jak również kryteriów dodatkowych (referencje oraz wykaz sprzętu) stanowią celowe wprowadzanie w błąd zamawiającego.

Wykonawca N mając świadomość, że składając dokumenty zawierające prawdziwe dane, nie spełniłby wymogów stawianych przez zamawiającego w tym postępowaniu – z pełną świadomością składa dokumenty, których treść zaciemnia prawdziwy obraz posiadanego doświadczenia i zasobu sprzętowego, który nie jest wystarczający do spełnienia wymogów zamawiającego.

Gdyby nawet przyjąć, że fakt wprowadzenia w błąd zamawiającego wyniknął z pewnej niewiedzy czy też nie dołożenia należytej staranności wykonawcy N przy przygotowaniu oferty, to Trybunał Europejski zajął w tym przypadku stanowisko, że art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE umożliwiający wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy „winnego poważnego" wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania zadanych przez zamawiającego informacji, należy interpretować w ten sposób, że przepis ten można zastosować, jeżeli dany wykonawca dopuścił się pewnego stopnia niedbalstwa, a mianowicie niedbalstwa mogącego mieć decydujący wpływ na decyzję
w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego, bez względu na to, czy stwierdzone zostanie umyślne naruszenie przepisów przez tego wykonawcę. Należy zauważyć, że podobnie jest także w nowej dyrektywie 2014/24/UE. Z przepisów Pzp wynika natomiast, że wprowadzenie w błąd oznacza nie tylko działanie zamierzone, ale także niedbalstwo i lekkomyślność.

III. Uzasadnienie zarzutu z art. 7 ust. 1 Pzp – naruszenie zasady, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości

Odwołujący przytoczył orzeczenie KIO 561/17. W przypadku dokonanej przez zamawiającego pozytywnej oceny spełnienia posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę N powołującego się na usługę realizowaną w konsorcjum jest brakiem poszanowania przez zamawiającego zasady proporcjonalności.

Naruszeniem art. 7 ust. 1 Pzp jest również bezprawne zastosowanie przez zamawiającego trybu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, o czym mowa w piśmie zamawiającego
z 29.01.2019 r., czyli poprawienie w ofercie zamawiającego, cyt.: „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, w ten sposób, że dokonano skreślenia błędnie nieskreślonych punktów 5.1 i 5.2 w Formularzu ofertowym".

Zauważony błąd lub zauważona niezgodność z SIWZ nosi znamiona omyłki polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, a mianowicie:

1) zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści; jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie: „art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu »omyłki«. Omyłką w tym przypadku mogłoby być niezaznaczenie opcji »NIE« w pkt 5.1 i 5.2, bądź nie skreślenie tych dwóch punktów z jednoczesnym zaznaczeniem opcji »NIE« w tych punktach, a w pkt 5.3 opcji »TAK«. Wykonawca N zaznaczył natomiast, że zobowiązuje się wykonać wszystkie rodzaje działań edukacyjnoinformacyjnych, złożył zatem oświadczenie woli o określonej treści i zamawiający nie może tego oświadczenia woli zmieniać, uznając, że wykonawca N zamierza podjąć się wykonaniu wyłącznie działań edukacyjnoinformacyjnych wskazanych w pkt 5.3.

Nie może tu być również mowy o oczywistości, bowiem skąd zamawiający wywodził, jakiego rodzaju działań edukacyjnoinformacyjnych wykonawca N przez pomyłkę nie skreślił (a który zamierzał zadeklarować). Równie dobrze w jego zamiarach pierwotnych mogło być wykreślenie pkt 5.2 i 5.3 bądź pkt 5.1 i 5.3. W związku z możliwością trojakiej interpretacji pierwotnych zamiarów wykonawcy co do oświadczenia woli w tym temacie, zamawiający nie może podejmować decyzji o poprawieniu tzw. innej omyłki.

Przywołany przepis art. 87 ust. 1 Pzp określa również granice w zakresie możliwości poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ wskazując, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. A zatem, nie jest możliwe poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w sytuacji, w której prowadziłoby to do negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Zamawiający zatem nie miał również możliwości zasięgnięcia informacji od wykonawcy N, w zakresie jakich punktów mógłby dokonać skreślenia.

2) poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty – poprawienie błędu wykonawcy N stanowi również istotną zmianę w treści oferty, bowiem jest zmianą złożonego przez wykonawcę N oświadczenia. Doszło tutaj do sytuacji, w której wykonawca N oferuje przeprowadzenie wszystkich trzech sposobów działań edukacyjnoinformacyjnych, a zamawiający poprawiając ofertę zmienia złożone przez wykonawcę N oświadczenie; zamawiający nie może wchodzić w rolę wykonawcy czy podejmować za wykonawcę decyzje.

IV. Uzasadnienie zarzutu z art. 91 ust. 1 Pzp z uwagi na niezastosowanie przez zamawiającego kryteriów oceny kwalifikacji podanych w ogłoszeniu i SIWZ a w rezultacie przyznanie wykonawcy N punktów, podczas gdy zgodnie z tymi kryteriami punktów nie powinien otrzymać

W świetle przekazanej odwołującemu przez zamawiającego kopii Wykazu niezbędnego do wykonania zamówienia sprzętu dostępnego wykonawcy N, należy stwierdzić, że brak umieszczenia informacji o normie emisji spalin jaką posiadają wymagane pojazdy – zamawiający dokonał oceny oferty wykonawcy N niezgodnie ze stawianymi przez siebie kryteriami, przyznając punkty za kryterium K_3.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania i uzupełnienia odwołania zamawiającemu 14 i 18.02.2019 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania i uzupełnia odwołania innym wykonawcom 14 i 18.2019 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie i uzupełnienie odpowiedzi do czasu zamknięcia rozprawy 20 i 21.02.2019 r. (art. 186 ust. 1 Pzp).

Argumentacja zamawiającego:

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

I. Ogólnie zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oferta wykonawcy N została poprawiona i wykonawca N we właściwym terminie wyraził zgodę na poprawienie omyłki przez skreślenie błędnie nieskreślonych pkt 5.1 i 5.2 w formularzu ofertowym. W odwołaniu brak jest zarzutu dotyczącego poprawienia oferty wykonawcy N.

II. Zamawiający jest przede wszystkim obowiązany dokonać poprawy omyłek zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a dopiero później może odrzucić ofertę np. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający przyznał, że w pierwotnym brzmieniu oferta wykonawcy N podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści art. SIWZ. Jednak zamawiający dokonał poprawy treści oferty wykonawcy N zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest obowiązkiem zamawiającego.

Dla zamawiającego treść oferty wykonawcy N nie budziła wątpliwości, dlatego zamawiający nie zastosował procedury wyjaśnienia oferty.

Każdy wykonawca miał obowiązek wypełnienia pkt 5.1, 5.2 lub 5.3 zał. nr 1 do SIWZ aby wskazać jaki zakres działań wykonawca zamierza realizować, co jest istotne dla oceny ofert. Kolejne podpunkty zawierały w sobie zobowiązania wyrażone w poprzednim punkcie, aby wystarczyło zaznaczyć tylko jeden punkt, który najpełniej oddawać będzie zobowiązanie wykonawcy. Zaznaczenie pkt 5.3 przez wykonawcę wskazywało zamawiającemu, że wykonawca oferuje wykonanie najszerszego i najwyżej ocenianego zakresu działań edukacyjnoinformacyjnych.

Zamawiający skonstruował pkt 5.15.3 alternatywnie.

Wykonawca N popełnił błąd nie skreślając pkt 5.1 i pkt 5.2, ale nie wprowadziło to zamawiającego w błąd, gdyż zamiar wykonawcy N był czytelny dla zamawiającego.

Zamawiający poprawił ofertę wykonawcy N zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i nie prowadził postępowania li tylko formalistycznie. Poprawa oferty wykonawcy N nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty, gdyż pkt 5.15.3 nie wykluczały się, ale wzajemnie zawierały.

Oferta wykonawcy N nie wprowadzała zamawiającego w błąd ani nie wymuszała niezasadnego przyznania większej liczby punktów w kryterium i wykonawca mógł otrzymać maksimum 20 pkt.

Wykonawca N zaznaczył również pkt 5.3, a więc maksymalny zakres wykonania zamówienia w tym kryterium.

III. Zadeklarowanie wykorzystania do realizacji przedmiotu zamówienia pojazdu o emisji spalin EURO 3, EURO 5 lub EURO 6, dawało zgodnie z cz. XII SIWZ odpowiednio od 0 do 20 pkt. Wykonawca miał jedynie zadeklarować posiadania odpowiedniego pojazdu bez konieczności udokumentowania tego faktu, co wynikało z SIWZ. Żądanie w obecnym momencie dokumentów byłoby zmianą wymagań SIWZ. Zarzut odwołującego dotyczy samej SIWZ, a więc jest spóźniony zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp.

(21.02.2019 r.)

I. Odwołujący nie uzasadnił zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp co jest niezgodne z art. 180 ust. 3 Pzp.

II. Wykonawca N na wezwanie zamawiającego wykazał (zgodnie z pkt 1.2 SIWZ) spełnienie warunku doświadczenia składając referencje wystawione przez:

1) Gminę Strzelce Opolskie;

2) Miasto Radlin (od 1.01.2016 r. do 31.12.2017 r. usługa zakończona).

Każda z usług przekracza wartość brutto 2.500.000 zł, mimo że warunek opiewał na łączną wartość brutto 2.500.000 zł.

Referencje na usługi zakończone nie muszą być wystawiane w okresie 3 miesięcy przed upływem terminu składania ofert – § 1 ust. 4 pkt 2 in fine rozporządzenia ws. dokumentów.

III. Zamawiający nie wymagał w pkt 1.3.1.1 lub 1.3.1.2 SIWZ dołączenia dokumentów potwierdzających dysponowanie pojazdami o deklarowanej emisji spalin.

Podobnie jest z zadeklarowanym prowadzeniem działań edukacyjnoinformacyjnych. Będą one sprawdzane w trakcie realizacji zamówienia i zamawiający posiada środki dyscyplinujące w postaci kar umownych, a nawet odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych.

W tym przypadku odwołujący kwestionuje nie tyle ofertę wykonawcy N co SIWZ, a to jest działanie spóźnione.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność
z oryginałem.

Izba rozważyła dowody złożone przez odwołującego:

1)dowód w postaci wydruków ofert zakupu lub sprzedaży pojazdów wyprodukowanych w 2018 r. na wykazanie, że data produkcji samochodu nie jest równoznaczna z nie może wskazywać jednoznacznie na zakwalifikowanie pojazdu do określonej kategorii emisji spalin EURO 3, EURO 5 albo EURO 6;

2)harmonogramy odbioru odpadów komunalnych w Gminie Strzelce Opolskie w I półroczu 2019 r. wykonywanych przez PUKiM Sp. z o.o. na wykazanie dalszego świadczenia usług;

3)dowód nr 1 złożony na rozprawie wzór umowy jako zał. do SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Radlin pod koniec 2017 r. na wykazanie, że wykonawca N dalej zawarł umowę z Miastem Radlin na ten sam przedmiot zamówienia.

W ocenie Izby zarzut pierwszy naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp –przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy N, który nie wykazał braku podstaw wykluczenia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący postawił ogólnie zarzut pierwszy i bliżej nie uzasadnił tego zarzutu w odwołaniu, że odwołujący nie wykazał naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się […] wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia«. Dopiero w uzupełnieniu odwołania, złożonego we właściwym terminie na wniesienia odwołania, odwołujący wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający żądał (dział III ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.1 SIWZ i zał. nr 6 do SIWZ) aby wykonawca wykazał, że cyt. »posiada doświadczenie polegające na wykonaniu, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, przynajmniej jednej usługi polegającej na odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu odpadów komunalnych o wartości brutto nie mniejszej niż 2,5 mln zł brutto lub dwie usługi o wartości łącznej nie mniejszej niż 2,5 mln zł brutto«. Wykonawca N złożył na wezwanie zamawiającego wykaz usług, w którym wskazał dwie usługi ze Strzelc Opolskich i z Radlina. Warunek spełniały już choćby referencje z Radlina, gdzie wykonawca N wykonywał zamówienie o wartości 3 mln zł od 1.01.2016 r. do 31.12.2017 r., a więc – jak obliczył na rozprawie zamawiający – w wymaganym okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert wartość wykonanego zamówienia wynosiła 2,9 mln zł [36 / 35 (miesięcy) = 3 / 2,9 (mln)], a więc choćby te jedne referencje spełniały warunek zamawiającego.

Dalej Izba stwierdza, że zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia wykonawca powinien złożyć referencje wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych. Przepis § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia brzmi »W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów […] wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli
z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu«. Izba stwierdza, że wykonawca N złożył rzeczywiście referencje wystawione w terminie przekraczającym 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, ale mimo wiążącej strony umowy obecnie odwołujący nie dowiódł, że strony są związane tą samą umową, czyli zawartą na tych samych warunkach i na tej samej podstawie, a tylko w takim przypadku należałoby rozważyć, że strony są związane tą samą umową i wykonawca N powinien złożyć referencje wystawione w okresie krótszym niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Izba musi zauważyć, że odwołujący dowodem nr 2 i dowodem nr 3 złożonym na rozprawie nie dowiódł, że w dalszym ciągu jest wykonywana ta sama umowa, a wprost przeciwnie odwołujący wykazał, że na ten sam lub podobny przedmiot zamówienia jest prowadzone nowe postępowanie zamówieniowe, a więc dla

nowej umowy będzie inna podstawa jej zawarcia, czyli wprost nie będzie można powiedzieć, że to ta sama umowa.

Ponadto zamawiający wymagał w (dział III ust. 1 pkt 1.3 ppkt 1.3.1 SIWZ i zał. nr 7 do SIWZ) aby wykonawca dysponował odpowiednim sprzętem technicznym i za jego zadeklarowanie przyznawał odpowiednią liczbę punktów przewidzianą w dziale XII SIWZ Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Jednak zamawiający nie wymagał, poza złożeniem deklaracji, udokumentowania posiadania tego sprzętu (samochodu) w jakimkolwiek miejscu SIWZ. Dział XII ust. 3 wprowadzenie do wyliczenia SIWZ brzmi cyt. »3. kryterium „K_3" będzie rozpatrywane na podstawie deklaracji Wykonawcy złożonej w ofercie«.

Odwołujący zarzucił ponadto, że zamawiający nie wykluczył wykonawca N, który złożył tylko oświadczenie posiadania pojazdu o emisji spalin EURO 6 i wykonawca N nie dołączył do oferty żadnego na to dowodu. Jednak odwołujący nie wykazał, że w którymkolwiek miejscu SIWZ zamawiający wymagał złożenia takich dowodów. Dlatego zamawiający – powołując się na regułę niezmienności SIWZ po upływie terminu składania ofert – zdaniem Izby zasadnie – nie wykluczył wykonawcy N z postępowania ani nie żądał od niego uzupełnienia oferty o żaden tego typu dokument.

Dowód nr 1 złożony przez odwołującego nie mógł wpłynąć na orzeczenie Izby, gdyż zamawiający nie wymagał złożenia jakiegokolwiek dokumentu dotyczącego spełnienia warunku, a więc rozstrzygając kwestię posiadania odpowiedniego pojazdu należało się oprzeć tylko na oświadczeniu wykonawcy, a to wykonawca N złożył w sposób nie podlegający dyskusji.

Izba stwierdza, że zastrzeżenia odnośnie do braku żądania udokumentowania posiadania odpowiedniego pojazdu odwołujący mógł wysuwać w terminie składania środków ochrony prawnej do postanowień SIWZ przed upływem terminu składania ofert, a obecnie jest to działanie spóźnione i zamawiającemu wprost nie wolno wprowadzać nowych wymagań i zamawiającemu nie wolno żądać od wykonawców innych dokumentów niż wymagane w pierwotnej SIWZ.

Wobec tego Izba nie mogła się przychylić do zarzutu pierwszego naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy N, gdyż wykonawca N w kwestionowanym przez odwołującego zakresie wystarczająco wykazał brak podstaw wykluczenia wykonawcy N z postępowania.

W ocenie Izby zarzut drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp –przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy N, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ – nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba przytacza brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli […] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający nie odrzucił oferty wykonawca N, ze względu na niewłaściwe wypełnienie przez wykonawcę N załącznika nr 1 do SIWZ – Formularza ofertowego. Wykonawca N w formularzu oferty zaznaczył, że wykona wszystkie opcje działań edukacyjno-informacyjnych.

Izba stwierdza, że zamawiający zamieścił postanowienia odnośnie do wymagań wskazania w ofercie deklaracji dotyczących działań edukacyjno-informacyjnych w dziale XII SIWZ, cyt.:

»*XII. OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFE PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT*

Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami i współczynnikami wag (znaczeniem) do tych kryteriów […] K_2 –prowadzenie działań edukacyjno-informacyjnych – 20% […]. […].

2. kryterium „K_2" będzie rozpatrywane na podstawie deklaracji Wykonawcy złożonej w ofercie:

0 punktów – brak działań edukacyjno-informacyjnych,

10 punktów – prowadzenie działań edukacyjno-informacyjnych polegające na dostarczeniu mieszkańcom Gminy Krapkowice dwa razy w roku ulotek zawierających informacje o: podstawowych zasadach selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, wysokości stawek za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, terminach uiszczania opłaty za odpady, zasad funkcjonowania punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK), a także zamieszczenie w/w informacji w lokalnej prasie
w pierwszej połowie każdego roku;

15 punktów – prowadzenie działań edukacyjno-informacyjnych polegające na dostarczeniu mieszkańcom Gminy Krapkowice dwa razy w roku ulotek zawierających informacje o: podstawowych zasadach selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, wysokości stawek za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, terminach uiszczania opłaty za odpady, zasad funkcjonowania punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK), a także zamieszczenie w/w informacji w lokalnej prasie
w pierwszej połowie każdego roku. Dodatkowo przeprowadzenia w 2019 roku zajęć dot. zasad selektywnej zbiórki odpadów komunalnych i funkcjonowania PSZOK wg poniższego zestawienia: – przedszkola położone na terenie sołectw, – szkoły podstawowe położone na terenie miasta Krapkowice, natomiast w 2020 roku: – przedszkola położone na terenie miasta Krapkowice, – szkoły podstawowe położone na terenie sołectw.

20 punktów – prowadzenie działań edukacyjno-informacyjnych polegające na dostarczeniu mieszkańcom Gminy Krapkowice dwa razy w roku ulotek zawierających informacje o: podstawowych zasadach selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, wysokości stawek za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, terminach uiszczania opłaty za odpady, zasad funkcjonowania punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK), a także zamieszczenie ww. informacji w lokalnej prasie
w pierwszej połowie każdego roku. Dodatkowo przeprowadzenia w 2019 roku zajęć dot. zasad selektywnej zbiórki odpadów komunalnych i funkcjonowania PSZOK wg poniższego zestawienia: – przedszkola położone na terenie sołectw, – szkoły podstawowe położone na terenie miasta Krapkowice, natomiast w 2020 roku: – przedszkola położone na terenie miasta Krapkowice, – szkoły podstawowe położone na terenie sołectw. W ramach przedmiotowych działań zorganizowanie raz w roku spotkania z mieszkańcami Gminy Krapkowice, celem przekazania informacji o zasadach selektywnej zbiórki odpadów«.

Ponadto w pkt 5 zał. nr 1 do SIWZ Formularz ofertowy zamawiający wskazał, aby wykonawcy w ofertach zadeklarowali, cyt.:

»*5. Zobowiązuję się do*:*

5.1prowadzenia działań edukacyjno-informacyjnych polegające na dostarczeniu mieszkańcom Gminy Krapkowice dwa razy w roku ulotek zawierających informacje o: podstawowych zasadach selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, wysokości stawek za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, terminach uiszczania opłaty za odpady, zasad funkcjonowania punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK), a

także zamieszczenie ww. informacji w lokalnej prasie w pierwszej połowie każdego roku:
TAK
NIE
- właściwe zaznaczyć.
5.2prowadzenie działań edukacyjno-informacyjnych polegające na dostarczeniu mieszkańcom Gminy Krapkowice dwa razy w roku ulotek zawierających informacje o: podstawowych zasadach selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, wysokości stawek za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, terminach uiszczania opłaty za odpady, zasad funkcjonowania punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK), a także zamieszczenie ww. informacji w lokalnej prasie w pierwszej połowie każdego roku.
Dodatkowo przeprowadzenia w 2019 roku zajęć dot. zasad selektywnej zbiórki odpadów komunalnych i funkcjonowania PSZOK wg poniższego zestawienia:
–przedszkola położone na terenie sołectw,
–szkoły podstawowe położone na terenie miasta Krapkowice,
natomiast w 2020 roku:
–przedszkola położone na terenie miasta Krapkowice,
–szkoły podstawowe położone na terenie sołectw.
TAK
NIE
- właściwe zaznaczyć.
5.3prowadzenie działań edukacyjno-informacyjnych polegające na dostarczeniu mieszkańcom Gminy Krapkowice dwa razy w roku ulotek zawierających informacje o: podstawowych zasadach selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, wysokości stawek za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, terminach uiszczania opłaty za odpady, zasad funkcjonowania punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK), a także zamieszczenie ww. informacji w lokalnej prasie w pierwszej połowie każdego roku.
Dodatkowo przeprowadzenia w 2019 roku zajęć dot. zasad selektywnej zbiórki odpadów komunalnych i funkcjonowania PSZOK wg poniższego zestawienia:
–przedszkola położone na terenie sołectw,
–szkoły podstawowe położone na terenie miasta Krapkowice,
natomiast w 2020 roku:
–przedszkola położone na terenie miasta Krapkowice,
–szkoły podstawowe położone na terenie sołectw.
W ramach przedmiotowych działań zorganizowanie raz w roku spotkania
z mieszkańcami Gminy Krapkowice, celem przekazania informacji o zasadach selektywnej zbiórki odpadów:
TAK
NIE
- właściwe zaznaczyć.
** skreślić niewłaściwe punkty (wybrać i zaznaczyć właściwy punkt 5.1 lub 5.2 lub 5.3)*«.

Izba podkreśla, że pkt 5.1 Formularza oferty zawiera się całkowicie w pkt 5.2 Formularza oferty, a z kolei pkt 5.2 Formularza oferty zawiera się całkowicie w pkt 5.3 Formularza oferty. Ponadto Izba wskazuje na treść odnośnika do pkt 5 wprowadzenia do wyliczenia Formularza oferty, gdzie zamawiający zastosował alternatywę nierozłączną (zwykłą), cyt. »*wybrać i zaznaczyć właściwy punkt 5.1 lub 5.2 lub 5.3*«. Alternatywa nierozłączna (zwykła) jest to zdanie utworzone z innych zdań za pomocą funktora prawdziwościowego »v« (czytane jako »lub«). Alternatywa ta jest prawdziwa wtedy, gdy przynajmniej jedno ze zdań składowych jest prawdziwe, a fałszywa, gdy wszystkie zdania składowe są fałszywe [za: str. 11, „Logika dla prawników. Słownik encyklopedyczny" Sławomir Lewandowski, Andrzej Malinowski, Jacek Petzel, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2004]. Dlatego Izba musi stwierdzić, że alternatywa nierozłączna (zwykła) była prawdziwa w oryginalnej ofercie wykonawcy N. Również oferta jest prawdziwa po zastosowaniu przez zamawiającego procedury poprawy oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający poprawia
w ofercie […] inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty […] niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona«. Ponadto zamawiający nie naruszył żadnego przepisu ustawy Pzp ani postanowienia SIWZ przyznając ofercie wykonawcy N 20 punktów zgodnie z działem XII pkt K2. Przede wszystkim Izba stwierdza, że poprawa oferty wykonawcy N dokonana przez zamawiającego nie spowodował istotnych zmian w treści oferty. Ponadto wystosowanie przez wykonawcę N zgody na poprawę omyłki, mimo że niewymagane wprost w art. 89 ust. 7 Pzp nie stanowi naruszenia żadnego przepisu. Art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli […] wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3«. Dopiero wystosowanie do zamawiającego informacji przez wykonawcę o braku zgody na poprawienie omyłki zmieniłoby sytuację w postępowaniu, ale nic takiego nie nastąpiło.

Dodatkowo Izba musi zauważyć, że do zastosowania procedury poprawienia omyłek w ofercie nie jest wymagane wcześniejsze wyjaśnienie treści złożonej oferty, co jest unormowane w art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp, który to przepis brzmi »W toku badania
i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert«. Odwołujący nie wykazał, że treść oferty – w kwestionowanym fragmencie dotyczącym zaznaczenia wszystkich opcji prowadzenia działań edukacyjno-informacyjnych – była nie jasna czy musiała nastręczyć zamawiającemu wątpliwości.

Ponadto Izba stwierdza, że odwołujący wskazuje, że wykonawca N zakreślił wszystkie trzy opcje wykonania zamówienia w zakresie edukacyjnoinformacyjnym. Ze względu na zawieranie się wszystkich opcji w trzeciej, najszerszej opcji, zakreślenie wszystkich trzech opcji nie było błędem, który uniemożliwiłby ocenę oferty wykonawcy N, a ponadto zamawiający dokonał poprawy tej oferty, co nie wykraczało poza kompetencję do działań zamawiającego przyznaną w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a zwłaszcza poprawa nie powodowała istotnych zmian w treści oferty.

Wobec tego Izba nie mogła się przychylić do zarzutu drugiego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp –przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy N.

W ocenie Izby zarzut trzeci naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp –przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy N, który podlega wykluczeniu, gdyż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Na początku Izba przytacza brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli […]

została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert« oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się […] wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia«.

Izba stwierdza, że rozpoznawane postępowanie zamówieniowe jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, czyli postępowania jednoetapowego, a przytaczany przez odwołującego przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do postępowań wieloetapowych. Dlatego przywołany przez odwołującego przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nie może mieć zastosowania do rozpoznawanego postępowania zamówieniowego.

Poza tym Izba stwierdza, że odwołujący w uzasadnieniu zarzutu trzeciego poruszył ponownie kwestię zaznaczenia w formularzu oferty wszystkich opcji działań edukacyjnoinformacyjnych (co zostało omówione przez Izbę w uzasadnieniu oddalenia zarzutu drugiego), a na uzasadnienie wykluczenia wykonawcy N odwołujący sformułował tylko jedno zdanie, cyt. »*Wobec szerokiej argumentacji odwołującego odnośnie do konieczności podjęcia decyzji o zgodnym z ustawą Pzp wykluczeniu wykonawcy N – zamawiający powinien w konsekwencji wykluczenia wykonawcy – odrzucić ofertę wykonawcy N*«, co nie pozwala Izbie na szczegółowe odniesienie się do zarzutu trzeciego. Ponadto kwestie wykluczenia wykonawcy N zostały szeroko omówione w uzasadnieniu oddalenia zarzutu pierwszego.

Odwołujący również w uzupełnieniu odwołania nie odniósł się do zarzutu trzeciego.

Wobec tego Izba nie mogła się przychylić do zarzutu trzeciego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy N.

W ocenie Izby zarzut czwarty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp –przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy N, z powodu wprowadzania zamawiającego w błąd mający istotny wpływ na wynik postępowania – nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba przytacza brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się […] wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów« i brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się […] wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia«.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że nie wykluczył z postępowania wykonawcy N, w którego to wykonawcy N ofercie znalazły się istotne błędy dotyczące zaznaczenia 3 opcji przeprowadzenia działań edukacyjno-informacyjnych i zaznaczenie tych 3 opcji było dokonane przez wykonawcę N w celu uzyskania zamówienia i celowego wprowadzenia zamawiającego w błąd. Jednak odwołujący nie wykazał jak miałby wykonawca N wprowadzić w błąd zamawiającego, a szczególnie odwołujący nie udało się przedstawić rzeczywistego obrazu sprawy i skonfrontowania z nim stanowiska wykonawcy N, z czego miałoby wynikać, że ogląd sprawy miałby ulec wypaczeniu w wyniku przyjęcia stanowiska przedstawionego przez wykonawcę N. Izba omówiła ten wątek w uzasadnieniu w oddaleniu zarzutu drugiego.

Ponadto odnośnie do zaoferowania wykonywania przedmiotu zamówienia przez pojazd charakteryzujący się emisją spalin EURO 6 – Izba, tak jak w uzasadnieniu oddalenia zarzutu pierwszego, stwierdza, że zamawiający nie wymagał od wykonawców w SIWZ załączenia do oferty jakichkolwiek dokumentów uprawdopodobniających posiadanie przez tych wykonawców odpowiednich pojazdów poza pisemną deklaracją wykonawców. Dlatego po upływie terminu składania ofert zamawiający nie może zmieniać tego wymagania i nie może żądać od wykonawców składania jakichś dodatkowych dokumentów, szczególnie że odwołujący nie uprawdopodobnił nierealności deklaracji posiadania przez wykonawcę N zadeklarowanego pojazdu.

Zostało to bliżej omówione przez Izbę w uzasadnieniu do oddalenia pierwszego i drugiego zarzutu odwołania.

Wobec tego Izba nie mogła się przychylić do zarzutu czwartego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp –przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy N z powodu wprowadzania zamawiającego w błąd mający istotny wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Izby zarzut piąty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp –przez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba przytacza brzmienie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli […] jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji«.

Izba stwierdza, że odwołujący nie przedstawił w odwołaniu, uzupełnieniu do odwołania ani w wystąpieniu na rozprawie jakichkolwiek argumentów na wykazanie tezy, że wykonawca N cyt. z oferty »*podjął działania mające na celu wprowadzenie w błąd zamawiającego, w wyniku których prawidłowo skonstruowane pozostałe oferty nie miałyby szans przy ocenie przyznanej punktacji, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji*«. Szczególnie – mimo sformułowania takiej sugestii – odwołujący nie wykazał, że cyt. z odwołania »*treść lub sposób złożenia oferty jest sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami i prowadzi do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta*«.

Ponadto odwołujący nie wykazał, że na zamawiającym spoczywał obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy N ze względu na brak możliwości uzupełnienia lub zmiany treści oferty, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści«.

Odwołujący powołał się na to, że wykonawca N, cyt. z odwołania, »*miał obowiązek zaznaczyć wyłącznie jedną formę przeprowadzenia działań edukacyjno-informacyjnych.*
W załączniku nr 1 wskazano bowiem cyt.: „ skreślić niewłaściwe punkty (wybrać i zaznaczyć właściwy punkt 5.1 lub 5.2 lub 5.3". Zdaniem odwołującego oznacza to, że punkty mogą zostać przyznane wyłącznie w przypadku zadeklarowania przez wykonawcę jednej z form przeprowadzenia działań edukacyjnoinformacyjnych*«. Jednak – zdaniem Izby – odwołujący nie wziął pod uwagę, że zamawiający zastosował w SIWZ i załącznikach do SIWZ alternatywę nierozłączną (zwykłą) i sugerował, że została tu zastosowana alternatywa rozłączna (ekskluzja), której funktorem prawdziwościowym jest wyraz »albo« i która jest prawdziwa tylko w przypadku, gdy jedno zdanie jest prawdziwe [za: str. 11, „Logika dla prawników. Słownik encyklopedyczny" Sławomir Lewandowski, Andrzej Malinowski, Jacek Petzel, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2004]. Jednak zamawiający zastosował alternatywę nierozłączną (zwykłą) używając

funktora »lub« i dlatego formularz ofertowy wykonawcy N nie został wypełniony w sposób, który mógłby wprowadzić zamawiającego w błąd.

Wobec tego Izba nie mogła się przychylić do zarzutu piątego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby zarzut szósty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – przez naruszenie zasady, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, który brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości«.

Jednak na uzasadnienie tej tezy odwołujący wskazał, że zamawiający bezpodstawnie uznał jedną z dwóch wykazanych usług na wykazanie przez wykonawcę N posiadania właściwego doświadczenia. Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę, że wykonawca N pokazał wykonanie dwóch usług i jedna z nich (omówiona przez Izbę w uzasadnieniu oddalenia zarzutu pierwszego) pokazuje spełnienie warunku posiadania właściwego doświadczenia, gdyż zamawiający żądał w SIWZ wykazania spełnienia tylko jednej usługi,
a więc brak wykazania spełnienia warunku przez drugą usługę nie może wpłynąć na wynik postępowania.

Ponadto odwołujący wskazał, że zamawiający bezprawnie zastosował procedurę art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, która to bezprawność – zdaniem Izby – nie miała miejsca, a co Izba omówiła bliżej w uzasadnieniu oddalenia zarzutu drugiego.

Oprócz tego odwołujący

Wobec tego Izba nie mogła się przychylić do zarzutu szóstego naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – przez naruszenie przez zamawiającego zasady, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W ocenie Izby zarzut siódmy naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp – z uwagi na niezastosowanie przez zamawiającego kryteriów oceny kwalifikacji podanych w ogłoszeniu i SIWZ, a w rezultacie przyznanie wykonawcy N określonej liczby punktów, podczas gdy zgodnie z tymi kryteriami punktów nie powinien otrzymać – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający dokonał właściwie czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i nie wykluczył żadnego wykonawcy. Natomiast odwołujący – mimo sformułowania takiego zarzutu – nie dowiódł, że zamawiający dokonał tę czynność w sposób niewłaściwy, o czym w uzasadnieniu Izby oddalenia zarzutu pierwszego odwołania. Również Izba stwierdziła, że zamawiający dokonał właściwie czynności badania ofert i zamawiający zasadnie nie odrzucił żadnej oferty, o czym Izba pisała w szczególności w uzasadnieniu do oddalenia zarzutu drugiego. Odwołujący nie wykazał – mimo sformułowania takiego zarzutu, że zamawiający dokonał tej czynności niezgodnie z przepisami ustawy lub postanowieniami SIWZ.

Dlatego zamawiający był obowiązany do dokonania czynności oceny ofert i był obowiązany do zastosowania się do art. 91 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. W wyniku prawidłowego przyznania przez zamawiającego we wszystkich kryteriach oceny ofert odpowiednich liczb punktów zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, a z podsumowań punktacji okazało się, że najkorzystniejszą ofertę złożył wykonawca N.

Wobec tego Izba nie mogła się przychylić do zarzutu siódmego naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp – z uwagi na niezastosowanie przez zamawiającego kryteriów oceny kwalifikacji podanych w ogłoszeniu i SIWZ.

Izba stwierdza, że przytaczane przez odwołującego orzecznictwo odnosiło się do innych stanów faktycznych niż ten, który miał miejsce w rozpoznawanej sprawie postępowania zamówieniowego.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b 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 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:……