

WYROK

Warszawa, dnia 31 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB – Podbeskidzie” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skoczowie w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Powiatowych w Tarnowskich Górach

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwoty po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiące koszty wynagrodzenia pełnomocników odwołującego i zamawiającego;

2.2. zasądza od odwołującego: Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB – Podbeskidzie” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skoczowie na rzecz zamawiającego: Zarząd Dróg Powiatowych w Tarnowskich Górach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 2428/24

Uzasadnienie

Zarząd Dróg Powiatowych w Tarnowskich Górach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. - dalej „ustawa Pzp” lub „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa mostu w ciągu ulicy Drozdka w drodze powiatowej 2352 S nad rzeką Mała Panew w Kaletach” „numer referencyjny: DZP.05.15.03.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień

Publicznych numer 2024/BZP 00275462 z dnia 8 kwietnia 2024 r.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB-Podbeskidzie” Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru przez Zamawiającego oferty, złożonej przez wykonawcę PTM Construction Sp. z o.o. (dalej: „PTM”) oraz wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy PTM na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty PTM, pomimo tego, że treść oferty PTM jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie zaoferowania wykonania zamówienia przy 0% udziale pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym we flocie pojazdów samochodowych, podczas gdy zgodnie z § 27 PPU wykonawca był zobowiązany do zapewnienia aby we flocie pojazdów samochodowych użytkowanych przy realizacji zamówienia dysponował odpowiednim udziałem pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym uwzględniając obowiązujące przepisy ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych, co oznacza, że wykonawca według art. 68 ust. 3 w zw. z art. 35 ust. 2 tej ustawy winien zapewnić udział co najmniej 10% pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym we flocie pojazdów samochodowych wykonawcy podczas realizacji zamówienia.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie: unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy PTM; odrzucenia oferty wykonawcy PTM na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp; dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący przywołał w § 27 Projektowanych Postanowień Umowy (dalej: „PPU”) stanowiący załącznik do Specyfikacji warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) i stwierdził, że Zamawiający nie miał obowiązku wprost wskazywać na obowiązek wykonawców zapewnienia 10% udziału pojazdów bezemisyjnych we flocie samochodowej wykonawcy wykorzystywanej do realizacji zamówienia, a wystarczyło aby wskazał na obowiązek wykonawców wypełnienia wymagań określonych w ustawie o elektromobilności i paliwach alternatywnych i zapewnieniu udziału pojazdów bezemisyjnych w realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami tej ustawy. Według art. 68 ust. 3 ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych jednostka samorządu terytorialnego, o której mowa w art. 35 ust. 2, od dnia 1 stycznia 2022 r. wykonuje, zleca lub powierza wykonywanie zadań publicznych, o których mowa w art. 35 ust. 2 pkt 1, podmiotom, których łączny udział pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym we flocie pojazdów samochodowych w rozumieniu art. 2 pkt 33 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym używanych przy wykonywaniu tego zadania wynosi co najmniej 10%. Natomiast 35 ust. 2 tej ustawy określa, że jednostką samorządu terytorialnego zobowiązaną jest m.in. gmina i powiat, której liczba mieszkańców przekracza 50 000. Zamawiający jest jednostką organizacyjną Powiatu Tarnogórskiego. (Dowód 5: Statut Zamawiającego). Już w 2019 r. liczba mieszkańców Powiatu Tarnogórskiego przekroczyła 140 tysięcy mieszkańców. (Dowód 6: Informacja Urzędu Statystycznego w Katowicach). Tym samym, według wskazanych przepisów ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych i § 27 PPU wykonawca winien zapewnić co najmniej 10% udział pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym we flocie pojazdów samochodowych wykonawcy podczas realizacji zamówienia. Zamawiający przewidział w SWZ Załącznik nr 10, w którym wykonawcy winni zadeklarować procentowy udział pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym we flocie pojazdów samochodowych wykonawcy podczas realizacji zamówienia. Wykonawca PTM wraz ze złożeniem podmiotowych środków dowodowych złożył Oświadczenie, stanowiące załącznik nr 10 do SWZ, podpisane w dniu 14 czerwca 2024 r. (dalej „Oświadczenie PTM”) w którym w sposób jednoznaczny wskazał, że udział pojazdów bezemisyjnych we flocie pojazdów PTM wynoszącej 10 pojazdów, wyniesie 0%, tj. 0 pojazdów. Zdaniem Odwołującego, oświadczenie PTM należy traktować na równi z treścią oferty, mając na względzie, że zostało złożone przez PTM w toku postępowania i konkretyzuje oferowany przez tego wykonawcę sposób wykonania zamówienia. Jednocześnie, oferowane przez PTM świadczenie w zakresie udziału pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym we flocie pojazdów samochodowych wykonawcy podczas realizacji zamówienia jest wprost niezgodne z § 27 PPU i art. 68 ust. 3 ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych i tym samym nie odpowiada warunkom zamówienia. Uzasadnia to zaś odrzucenie oferty PTM na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Do odwołania zostały załączone: Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 5 lipca 2024 r., Statut Zamawiającego, Informacja Urzędu Statystycznego w Katowicach.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podniósł w szczególności, że Odwołujący nadinterpretował przepisy ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych oraz postanowienia SWZ. Zamawiający nie nałożył bowiem w SWZ na Wykonawców obowiązku wykazania na etapie składania oferty dysponowania do realizacji zamówienia pojazdami elektrycznymi lub pojazdami napędzanymi gazem ziemnym we flocie pojazdów samochodowych. W warunkach zamówienia Zamawiający nie wskazał wymagań w zakresie procentowego udziału tych pojazdów w realizacji zadania objętego przedmiotem zamówienia. Zamawiający nie wymagał na etapie oceny ofert złożenia załącznika numer 10 do SWZ. Wykonawca złożył ten załącznik na wezwanie o podmiotowe środki dowodowe, jednakże na tym etapie postępowania Zamawiający nie wzywał o oświadczenie o elektromobilności i paliwach alternatywnych i nie badał jego treści. W związku z tym, brak jest podstaw do twierdzenia, że oferta złożona przez PTM Construction Sp. z o.o. nie spełnia wymagań SWZ.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający wskazał, że meritum sprawy stanowi niewłaściwa interpretacja przez Odwołującego obowiązków wynikających dla Zamawiającego z przepisów ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1083,1260,2687 ze zm.) w konsekwencji czego oparł odwołanie na błędnie postawionej przez Odwołującego tezie. Przepis art. 68 ust. 3 zdanie 1 ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych (dalej: „u.e.p.a.”) nie nakazuje bowiem, aby przy wykonywaniu każdej umowy, której celem jest realizacja zadań publicznych, używane były odpowiedniego rodzaju pojazdy. Wskazuje on, że odpowiedni procent pojazdów gazowych i elektrycznych ma być wykorzystywany przy realizacji danego zadania (niezależnie od tego, w oparciu o ile umów zadanie to jest realizowane). Może zatem zdarzyć się, iż pewne umowy będą wykonywane przez

wykonawców nieposiadających dostosowanej do przepisów ustawy floty, pod warunkiem, że liczba pojazdów z napędem elektrycznym lub gazowym wykorzystywana przez innych wykonawców realizujących to samo zadanie zapewni spełnienie omawianego warunku." (zob.: M. Cabała, Obowiązki zamawiających w kontekście nowelizacji przepisów o elektromobilności i paliwach alternatywnych, LEX/el. 2022, dostęp z 22.08.2022 r.). Zarząd Dróg Powiatowych realizuje w każdym roku adania publiczne w zakresie szerokorozumianego zarządzania drogami powiatowymi siłami własnymi oraz korzystając z wykonawców.

Na podstawie art. 38. ustawy u.e.p.a [Obowiązek przekazywania ministrowi informacji dotyczących udziału procentowego pojazdów elektrycznych bądź napędzanych gazem ziemnym w użytkowanej flocie pojazdów] Podmioty, o których mowa w art. 34-36, do dnia 31 stycznia każdego roku przekazują ministrowi właściwemu do spraw energii oraz ministrowi właściwemu do spraw klimatu informację o liczbie i udziale procentowym pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym w użytkowanej flocie pojazdów samochodowych w rozumieniu art. 2 pkt 33 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym, według stanu na dzień 31 grudnia roku poprzedzającego przekazanie tej informacji. Zbiorczo dla całego Zadania publicznego realizowanego przez Jednostkę, gdzie wykazać należy spełnienie łącznie warunku wynikającego z art. 68 ustawy u.e.p.a. Jeżeli natomiast chodzi o kwestię dokumentów, jakie należy złożyć na potwierdzenie skierowania do realizacji zadania odpowiedniej liczby pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym, to zauważyć trzeba, że ani u.e.p.a., ani Pzp powyższego nie regulują. Na etapie prowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego, w zdecydowanej większości przypadków, Zamawiający nie będzie w stanie precyzyjnie wyznaczyć wymaganej liczby pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym, gdyż nie będzie znał ogólnej liczby pojazdów, jakie są niezbędne do realizacji zamówienia. Na etapie postępowania Zamawiający może natomiast wymagać złożenia ogólnego oświadczenia, że wykonawca zapewnia, iż do realizacji przedmiotu zamówienia skieruje taką liczbę pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym, która zagwarantuje osiągnięcie poziomu określonego przez zamawiającego. Oświadczenia z konkretnymi ostatecznymi wartościami Zamawiający może natomiast wymagać dopiero przy zawarciu umowy, a więc po rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia. Taką czynność Zamawiający przewidział właśnie przed popisanie umowy. Dopiero załącznikiem do umowy może być oświadczenie wykonawcy, w którym ten potwierdzałby, ile pojazdów użyje do realizacji zamówienia i w związku z tym iloma pojazdami elektrycznymi lub napędzanymi gazem ziemnym będzie dysponował (ze wskazaniem, kto: wykonawca/podwykonawca i jakim tytułem prawnym do danego pojazdu dysponuje), z którego to Wykonawca będzie rozliczany.

Zamawiający podał, że Ministerstwo Klimatu odniosło się w następujący sposób do w/w zagadnienia w jaki sposób rozumieć konieczność zapewnienia „łącznego udziału” pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym przy realizacji zadania publicznego? Art. 68 ust. 3 ustawy dotyczy łącznego udziału, czyli wszystkich pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym biorących udział przy realizacji danego zadania, np. zadania z zakresu edukacji publicznej, itd. Wykonywanie danego zadania publicznego rozpatrujemy dla danej jednostki samorządu, a nie dla danego wykonawcy. Oznacza to, że jednostka samorządu musi zsumować pojazdy używane do wykonywania zadania przez wszystkie podmioty, które się tym dla niej zajmują i wtedy będzie możliwa ocena, czy spełnione są wymagania z ustawy. Jeden wykonawca może nie mieć żadnych pojazdów zeroemisyjnych, ale drugi może zapewniać ich odpowiednią liczbę dla całego zadania - każdy przypadek musi być indywidualnie rozpatrywany. Wymóg muszą spełniać wszystkie podmioty łącznie, które wykonują dla powiatu zadania z zakresu danego zadania publicznego, a nie indywidualnie każdy z tych podmiotów. Przy obliczeniach należy także brać pod uwagę pojazdy własne samorządu, które są zaangażowane do danego zadania. Z tego wynika, że nie zawsze każdy wykonawca będzie musiał zapewnić 10% pojazdów. Oczywiście, jeśli w jednostce dane zadanie wykonuje tylko jeden wykonawca to wtedy możemy odnosić 10% do niego, ale jeśli w zadanie zaangażowanych jest więcej podmiotów wtedy należy odpowiednio zaplanować i przygotować zamówienia publiczne. Obowiązek ten spoczywa na jednostce samorządu.

Zamawiający stwierdził, że dokonał czynności badania ofert w sposób zgodny z Pzp. Ustawa Pzp nie pozwala Zamawiającemu na odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5), która jest zgodna z SWZ, a oferta złożona przez PTM jest prawidłowa, zgodna z SWZ i nie podlega odrzuceniu. Oświadczenie w przedmiocie ustawy u.e.p.a na tym etapie nie było wymagane i nie stanowi samoistnej formalnej przesłanki odrzucenia oferty.

Izba przyjęła złożoną przez Zamawiającego dokumentację postępowania oraz dopuściła w poczet materiału dowodowego ww. dowody załączone do pism stron, a także złożoną na rozprawie przez Odwołującego korespondencję mailową wraz z oświadczeniem PTM Construction sp. z o.o. według wzoru określonego w załączniku nr 10 do SWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem I SWZ:1. *Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i budowa mostu w ciągu ulicy Drozdka w drodze powiatowej nr 3252 S nad rzeką Mała Panew w Kaletach. Nie ograniczając się do niżej wymienionych Robót, lecz zgodnie z wszystkimi innymi wymaganiami określonymi w Programie funkcjonalno – użytkowym (PFU) – załącznik nr 5 do SWZ, Wykonawca w ramach Ceny Oferty (Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej brutto), opracuje projekty oraz wykona następujące Roboty Budowlane, w szczególności:*

- Przebudowę, przełożenie i/lub zabezpieczenie kolidujących urządzeń obcych,
- Przebudowę kanalizacji deszczowej, oświetlenia ulicznego oraz linii napowietrznej,
- Wykonanie tymczasowej organizacji ruchu wraz z jej utrzymaniem,
- Wykonanie mostu tymczasowego (objazdowego) i późniejszą jego rozbiórkę,
- Rozbiórkę istniejącego mostu wraz z częścią drogową,
- Budowę nowego mostu wraz z częścią drogową,
- Wykonanie wszelkich robót wynikających z konieczności połączenia mostu do istniejącego układu komunikacyjnego (drogowego) wraz ze zmianą organizacji ruchu wynikającą z przyjętych rozwiązań
- Demontaż tymczasowej i wykonanie docelowej organizacji ruchu,
- Uporządkowanie i rekultywacja terenu w rejonie prowadzonych prac,

Przedstawiony zakres rzeczowy robót budowlanych stanowi podstawę do opracowania Dokumentacji Projektowej, która podlega zatwierdzeniu przez Zamawiającego/ Inżyniera Kontraktu.

Cena Ofertowa brutto będzie ceną ryczałtową obejmującą wszystkie koszty niezbędne do wykonania całego zamówienia między innymi koszty i wynagrodzenia personelu Wykonawcy i osób trzecich działających na zlecenie Wykonawcy przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia, z tytułu przeniesienia autorskich praw majątkowych do dokumentacji projektowej i powykonawczej, uzyskanie wszelkich decyzji administracyjnych, uzgodnień, opinii, warunków itp., obejmuje również koszty materiałów i wyrobów budowlanych, koszty wszelkich prac przygotowawczych, porządkowych, usunięcia i utylizacji materiału z demontażu, wszelkie koszty utrzymania, w tym koszty związane z zapewnieniem i dostawą mediów do dnia odbioru przedmiotu zamówienia, koszty geodezyjne, koszty wszystkich obowiązków Wykonawcy, w tym nadzorów specjalistycznych, koszty związane z wykonaniem przekopów kontrolnych, koszty wykonania wszelkich prac związanych z usunięciem przeszkód uniemożliwiających lub ograniczających wykonanie robót objętych zamówieniem, także tych znajdujących się w ziemi, koszty związane z odbiorami wykonanych prac oraz inne koszty wynikające z zamówienia z uwzględnieniem ryzyka Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z wykonaniem zamówienia, koszty przebudowy i/lub zabezpieczenia i/lub wymian istniejącej infrastruktury zarówno zinwentaryzowanej jak i nie, kolidującej z zadaniem.

Wynagrodzenie ma obejmować wszystkie świadczenia główne i dodatkowe niezależnie od tego, czy są one wskazane z SWZ, w tym załącznikach.

Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu zamówienia nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego.

2.Zadanie obejmuje w szczególności:

- a)realizację prac projektowych polegających na sporządzeniu projektu budowlanego, projektu wykonawczego, dokumentacji powykonawczej oraz uzyskanie wszelkich niezbędnych, ostatecznych lub wykonalnych decyzji, zezwoleń, pozwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń właściwych organów, podmiotów lub zarządców terenu/infrastruktury oraz uzyskanie pozwolenia na użytkowanie Inwestycji;
- b)kompleksowe wykonanie robót budowlanych zgodnie z zakresem opisanym PFU – Załącznik nr 5 do SWZ oraz zatwierdzoną przez Zamawiającego Dokumentacją Projektową opracowaną przez Wykonawcę;

- c)zapewnienie nadzoru autorskiego oraz wszelkich niezbędnych nadzorów branżowych;
- d)wszelkie inne obowiązki wskazane w treści PFU, Specyfikacji Warunków Zamówienia, Umowy oraz pozostałych dokumentów stanowiących ich integralne załączniki.

(...)

Zgodnie z rozdziałem XVIII pkt 4 SWZ dotyczącym zawarcia umowy:

4. Informacje o formalnościach jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego:

- 1)złożenie dokumentu pełnomocnictwa dla osoby zawierającej umowę w imieniu Wykonawcy, o ile upoważnienie do reprezentowania Wykonawcy nie wynika z dokumentów rejestrowych Wykonawcy, jeżeli Zamawiający może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, lub dokument pełnomocnictwa nie został wcześniej złożony w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia,
- 2)w przypadku dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, złożenie kopii umowy regulującej współpracę tych podmiotów (np. umowa konsorcjum, umowa spółki cywilnej),
- 3)wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- 4)złożenia dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną w wysokości 5 000 000,00 zł.
- 5)listę osób wyznaczonych do wykonywania niniejszego zamówienia tj. wykonujących czynności wchodzące w tzw. koszty bezpośrednie (czyli tzw. pracowników fizycznych) zatrudnionych na podstawie umowy o pracę oraz oświadczenie Wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę tych osób,
- 6)złożenia innych oświadczeń lub dokumentów, które wynikają z projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do treści tej umowy.

Zgodnie z § 27 PPU, stanowiącymi załącznik nr 4 do SWZ:Wykonawca oświadcza, iż zobowiązuje się, że we flocie pojazdów samochodowych użytkowanych przy realizacji niniejszej umowy będzie dysponował odpowiednim udziałem pojazdów eklektycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym uwzględniając obowiązujące przepisy ustawy z dnia 11 stycznia 2018 roku o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz. U. z 2022 poz. 1083, 1260, 2687 ze zm.). Przepis art 76 ust 2 ustawy z dnia 11 stycznia 2018 roku o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1083, 1260, 2687 ze zm.) stosuje się odpowiednio

W postępowaniu oferty złożyło 9 wykonawców, w tym Odwołujący z ceną 7 464 970,56 zł i wykonawca PTM Construction sp. z o.o. z ceną 7 071 270,00 zł.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których Izba orzeka.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przez warunki zamówienia zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

W okolicznościach analizowanej sprawy w pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że zdaniem Odwołującego oferta PTM powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia, na co wskazuje treść oświadczenia tego wykonawcy sporządzonego według wzoru załącznika nr 10 do SWZ, pomimo, iż zostało ono złożone wcześniej, niż to wynikało z SWZ, tj. przed wyborem najkorzystniejszej oferty a nie przed podpisaniem umowy. Wykonawca ten bowiem w tym oświadczeniu podał, że przy realizacji zamówienia przewiduje 0% udział pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym we flocie pojazdów samochodowych, podczas gdy Zamawiający w z § 27 PPU wymagał aby we flocie pojazdów samochodowych użytkowanych przy realizacji zamówienia wykonawca dysponował odpowiednim udziałem pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym uwzględniając obowiązujące przepisy ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych, co, w ocenie Odwołującego, oznacza, że wykonawca według art. 68 ust. 3 w zw. z at. 35 ust. 2 tej ustawy winien zapewnić podczas realizacji zamówienia udział co najmniej 10% pojazdów elektrycznych lub pojazdów

napędzanych gazem ziemnym.

W ocenie Zamawiającego natomiast, nie zaistniała wskazana przez Odwołującego podstawa do odrzucenia oferty wykonawcy PTM, bowiem nie był on zobowiązany do uwzględnienia przy ocenie oferty tego wykonawcy oświadczenia według załącznika nr 10 do SWZ, złożonego przez tego wykonawcę z własnej inicjatywy, bowiem oświadczenie to nie wiąże się z czynnością oceny oferty, lecz z etapem realizacji umowy. Ponadto Odwołujący nieprawidłowo interpretuje zadanie, o którym mowa w ustawie o elektromobilności i paliwach alternatywnych. Odpowiedni procent pojazdów gazowych i elektrycznych ma być bowiem wykorzystywany przy realizacji danego zadania niezależnie od tego, w oparciu o ile umów zadanie to jest realizowane, co oznacza, że może być tak, że niektóre umowy będą wykonywane przez wykonawców nieposiadających dostosowanej do przepisów ustawy floty, bowiem liczba pojazdów z napędem elektrycznym lub gazowym, wykorzystywana przez innych wykonawców realizujących to samo zadanie, zapewni spełnienie procentowego udziału tych pojazdów.

Wskazania zatem wymaga, iż: art. 68 ust. 3 ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych stanowi: *Jednostka samorządu terytorialnego, o której mowa w, od dnia 1 stycznia 2022 r. wykonuje, zleca lub powierza wykonywanie zadań publicznych, o których mowa w, podmiotom, których łączny udział pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym we flocie pojazdów samochodowych w rozumieniu ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym używanych przy wykonywaniu tego zadania wynosi co najmniej 10%. Przepisu nie stosuje się do zlecenia lub powierzania wykonania zadania publicznego, do którego nie stosuje się ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, oraz do wykonywania, zlecenia lub powierzania zadań publicznych dotyczących letniego i zimowego utrzymania dróg polegającego na mechanicznej metodzie oczyszczania jezdni ulic, w szczególności zmiataniu i zmywaniu oraz zapobieganiu i zwalczaniu śliskości zimowej, w tym gołoledzi i usuwaniu śniegu.*

W myśl art. 35 ust. 2 pkt 1 tej ustawy: 2. *Jednostka samorządu terytorialnego, z wyłączeniem gmin i powiatów, których liczba mieszkańców nie przekracza 50 000: 1) wykonuje zadania publiczne określone w ustawie z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2019 r. i), ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz.U. z 2019 r.) albo ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz.U. z 2019 r.), z wyłączeniem publicznego transportu zbiorowego, przy wykorzystaniu co najmniej 30% pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym (...)*

Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym:

1. *Powiat wykonuje określone ustawami zadania publiczne o charakterze ponadgminnym w zakresie:*

1) *edukacji publicznej;*

2) *promocji i ochrony zdrowia;*

3) *pomocy społecznej;*

3a) *wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej;*

4) *polityki prorodzinnej;*

5) *wspierania osób niepełnosprawnych;*

5a) *polityki senioralnej;*

6) *transportu zbiorowego i dróg publicznych;*

7) *kultury oraz ochrony zabytków i opieki nad zabytkami;*

8) *kultury fizycznej i turystyki;*

9) *geodezji, kartografii i katastru;*

10) *gospodarki nieruchomościami;*

11) *administracji architektoniczno-budowlanej;*

12) *gospodarki wodnej;*

13) *ochrony środowiska i przyrody;*

14) *rolnictwa, leśnictwa i rybactwa śródlądowego;*

15) *porządku publicznego i bezpieczeństwa obywateli;*

16) *ochrony przeciwpowodziowej, w tym wyposażenia i utrzymania powiatowego magazynu przeciwpowodziowego,*

przeciwpowozarowej i zapobiegania innym nadzwyczajnym zagrozeniom zycia i zdrowia ludzi oraz srodowiska;

17)przeciwdzialania bezrobociu oraz aktywizacji lokalnego rynku pracy;

18)ochrony praw konsumenta;

19)utrzymania powiatowych obiektow i urzadzow uzytecznosci publicznej oraz obiektow administracyjnych;

20)obronnosci;

21)promocji powiatu;

22)wspolpracy i dzialalnosci na rzecz organizacji pozarzadowych oraz podmiotow wymienionych wustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o dzialalnosci pozytku publicznego i o wolontariacie;

23)dzialalnosci w zakresie telekomunikacji.

Stosownie do pkt 33 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym przez pojazd samochodowy nalezy rozumiec *pojazd silnikowy, ktorego konstrukcja umozliwia jazde z prędkością przekraczającą 25 km/h; określenie to nie obejmuje ciągnika rolniczego;*

W sprawie nie ma sporu, ze oswiadczenie wykonawcy wedlug wzoru okreslonego w zalaczniku nr 10 winno byc zlozone dopiero przed podpisaniem umowy przez wykonawce, ktorego oferta zostala wybrana jako najkorzystniejsza, jak tez, ze treść oferty musi byc zgodna z wymaganiami Zamawiajacego okreslonymi w dokumentach zamowienia. Nie jest tez sporne, ze do Zamawiajacego znajduje zastosowanie art. 68 ustawy o elektromobilnosci i paliwach alternatywnych. Inne jest natomiast rozumienie przez strony zadania publicznego, o ktorym mowa w tym przepisie.

Wedlug Zamawiajacego chodzi o laczny udzial pojazdow elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym przy realizacji zadania publicznego, przy czym wykonanie danego zadania publicznego nalezy oceniac dla danej jednostki samorzadu, a nie dla danego wykonawcy. Wymog musza spelniac wszystkie podmioty lacznie, ktore wykonuja dla powiatu zadania z zakresu danego zadania publicznego, a nie indywidualnie kazdy z tych podmiotow. Nalezy takze miec na uwadze pojazdy wlasne samorzadu, ktore sa zaangażowane do realizacji danego zadania. Nie zawsze zatem kazdy wykonawca bedzie musial zapewnic 10% pojazdow, a tylko wowczas, gdy w jednostce dane zadanie wykonuje tylko jeden wykonawca.

Zdaniem Odwołujacego natomiast, zadanie wskazane w art. 68 ustawy o elektromobilnosci i paliwach alternatywnych nalezy identyfikowac z przedmiotem zamowienia w analizowanym postepowaniu o udzielenie zamowienia publicznego.

W ocenie lzby, nie mozna podzielic stanowiska Odwołujacego w tym zakresie.

Ciezar dowodu w tym zakresie spoczywal na Odwołujacym jako podmiocie, ktory wywodzi skutki prawne ze swoich twierdzen. Tymczasem Odwołujacy nie wskazal podstawy do uznania, ze „zadanie publiczne”, o ktorym mowa w ustawie o elektromobilnosci i paliwach alternatywnych nalezy traktowac jako „zamowienie” w rozumieniu ustawy Pzp, bedace przedmiotem analizowanego postepowania. Nadto Odwołujacy nie wskazal, ktoremu z zadan publicznych, wymienionych w ustawie o samorzadzie powiatowym odpowiada ten konkretny przedmiot zamowienia i nie wykazal, ze okreslone zadanie publiczne wskazane w tej ustawie ma byc realizowane wylacznie przez wykonawce tego konkretnego zamowienia, a tym samym, ze to wykonawca w tym postepowaniu przy realizacji przedmiotu zamowienia winien zapewnic 10% udzial pojazdow bezemisyjnych.

Inne jest takze rozumienie przez strony konsekwencji zlozenia przez wykonawce PTM oswiadczenia dotyczacego elektromobilnosci na wcześniejszym etapie postepowania, tj. przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamiast dopiero przed podpisaniem umowy.

Wedlug Odwołujacego, Zamawiajacy, w sytuacji, gdy otrzymal od wykonawcy PTM oswiadczenie sporzadzone wedlug zalacznika nr 10, nawet gdy tego nie oczekival, powinien potraktowac je jako „oswiadczenie woli o sposobie wyceny i oferowanym sposobie realizacji zamowienia”, stanowiace treść oferty wykonawcy PTM i z uwagi na to, ze wynika z niego 0% udzial przy realizacji zamowienia pojazdow elektrycznych lub pojazdow napędzanych gazem ziemnym, odrzucic te oferta jako niezgodna z warunkami zamowienia.

Zdaniem Zamawiajacego natomiast, skoro nie wymagal tego oswiadczenia od wykonawcow na etapie badania i oceny ofert, to zlozone przez wykonawce PTM oswiadczenie winien pominac przy ocenie oferty tego wykonawcy.

W ocenie lzby nie mozna podzielic stanowiska Odwołujacego takze w tym zakresie.

Z obowiazujacych na gruncie zamowien publicznych zasad rownego traktowania wykonawcow i uczciwej

konkurencji a także zasady przejrzystości, określonych w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, wynika, że Zamawiający winien traktować wykonawców w sposób jednakowy pod względem stawianych wymogów zarówno podmiotowych, jak też odnoszących się do przedmiotu zamówienia oraz stosować jednakowe zasady na etapie weryfikacji ich spełnienia.

Na etapie badania i oceny ofert wszystkie oferty, na równych zasadach, winny być oceniane z uwzględnieniem dokumentów przewidzianych do złożenia w tym celu. Zamawiający jako gospodarz postępowania, określił w SWZ wymagania co do rodzaju dokumentów, jakich oczekuje na etapie badania i oceny ofert, a zatem od wszystkich wykonawców na równych zasadach. W SWZ zostało także określone, jakich dokumentów będzie wymagał Zamawiający przed podpisaniem umowy od wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Jak wynika z SWZ oświadczenie dotyczące elektromobilności, składane przed podpisaniem umowy nie stanowi podmiotowego środka dowodowego, nie stanowi też przedmiotowego środka dowodowego. Zamawiający nie przewidział w SWZ weryfikacji na etapie badania i oceny ofert jego treści, a zatem nie zamierzał dokonywać oceny ofert z jego uwzględnieniem. Dotyczy to na równych zasadach wszystkich wykonawców.

W związku z tym, w ocenie Izby, Zamawiający zasadnie na etapie oceny ofert nie wziął pod uwagę na tym etapie oświadczenia, złożonego przez jednego z wykonawców. Zamawiający nie miał podstaw do potraktowania go jako treści oferty wykonawcy PTM, i z pominięciem jej treści oferty, odrzucić tę ofertę jako niezgodną z warunkami zamówienia.

Dla wypełnienia się przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 225 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, czyli co i z jakiego względu jest niezgodne z określonymi, jednoznacznie opisanymi warunkami zamówienia. Wystąpienie niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia jest podstawą odrzucenia oferty wówczas, gdy niezgodność ta ma charakter zasadniczy i nieusuwalny. Kluczowe znaczenie ma zatem treść oferty. W okolicznościach analizowanej sprawy, skoro oświadczenie według załącznika nr 10 nie było wymagane na równych zasadach od wszystkich wykonawców, trudno uznać je za treść oferty, podlegającą ocenie na etapie badania i oceny ofert.

W ocenie Izby, wbrew sugestiom Odwołującego, oświadczenia przedwcześnie złożonego przez wykonawcę PTM z własnej inicjatywy, nie można traktować jako „wyjaśnień i dowodów” składanych w ramach wyjaśnień oferty czy jej rażąco niskiej ceny, do których są wzywani wykonawcy. Zamawiający nie wzywał tego wykonawcy do takich wyjaśnień. Zwraca przy tym uwagę, że Odwołujący nie stawia zarzutu zaniechania wezwania tej czynności, lecz zmierza do jej odrzucenia, pomijając przy tym treść oferty wykonawcy PTM, gdzie w pkt 12 zostało złożone przez tego wykonawcę oświadczenie: *OŚWIADCZAMY, że zapoznaliśmy się z Projektowanymi Postanowieniami Umowy, określonymi w Załączniku nr 4 do Specyfikacji Warunków Zamówienia i ZOBOWIĄZUJEMY się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą na warunkach, w nich określonych.*

Ponadto, jak wyżej wskazano, Odwołujący nie wykazał w odwołaniu ani na rozprawie, że wskazany w § 27 PPU „odpowiedni” udział pojazdów bezemisyjnych w analizowanym postępowaniu, jaki ma zapewnić jego wykonawca, to 10%.

Nie zmienia tej oceny okoliczność, iż na rozprawie Odwołujący stwierdził, że jego twierdzenie w tym zakresie potwierdza złożony przez Zamawiającego dowód w postaci oświadczenia wykonawcy PTM według załącznika 10 do SWZ, w którym wskazał on na 10% udział pojazdów bezemisyjnych w wykonaniu zamówienia.

Oświadczenie to zostało bowiem załączone do korespondencji mailowej, z której wynika, że wykonawca PTM omyłkowo wcześniej złożył sporne oświadczenie oraz że obok pozostałych dokumentów wymaganych w SWZ przed podpisaniem umowy, składa właściwe oświadczenie według załącznika 10 do SWZ.

W ocenie Izby, w okolicznościach analizowanej sprawy to, że złożone przez wykonawcę PTM przed podpisaniem umowy wraz z innymi dokumentami, wymaganymi w SWZ do złożenia w tym momencie, oświadczenie wskazuje na o 10% udział pojazdów bezemisyjnych przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia, nie potwierdza, że wystąpiła podstawa do odrzucenia oferty tego wykonawcy, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, z uwagi na to, że wcześniej złożone oświadczenie wskazywało na 0% udział takich pojazdów.

Niezależnie od tego, że jak wyżej wskazano, w sprawie nie zostało wykazane, że przedmiotowe zamówienie należy identyfikować z zadaniem publicznym, o którym mowa w ustawie o samorządzie powiatowym, które ma być wykonywane przez jednego wykonawcę, wyłonionego w analizowanym postępowaniu, a zatem, że to do niego stosuje się minimalny procentowy udział pojazdów bezemisyjnych, Zamawiający zasadnie uznał, że skoro nie wymagał złożenia na etapie badania i oceny ofert oświadczenia dotyczącego elektromobilności, to złożone przedwcześnie przez wykonawcę PTM z własnej woli oświadczenie, winno zostać przez niego pominięte przy ocenie ofert. Ocena ofert winna być dokonywana przy uwzględnieniu postanowień SWZ i zasady równego traktowania wykonawców, w tym w oparciu o

dokumenty przewidziane do złożenia w tym celu przez wszystkich wykonawców, a nie w oparciu o dokumenty składane przez wykonawców z własnej inicjatywy.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie zostało stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z tym odwołanie podlegało oddaleniu.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: