

Sygn. akt: KIO 3399/21

WYROK
z dnia 30 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 listopada 2021r. przez odwołującego: **Jarper Sp. z o.o.** (Kolonja Warszawska, Al. Krakowska 108A 05-552 Wólka Kosowska) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Związek Międzygminny pod nazwą "Natura"** (ul. Plac Wolności 12, 05-600 Grójec),

przy udziale wykonawcy: **PreZero Service Wschód Sp. z o.o.** (ul. Wrocławska 3, 26-600 Radom) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie:
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **Jarper Sp. z o.o.** (Kolonja Warszawska, Al. Krakowska 108A 05-552 Wólka Kosowska) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Związek Międzygminny pod nazwą "Natura"** (ul. Plac Wolności 12 05-600 Grójec) kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 19 listopada 2021r. przez odwołującego: Jarper Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Kolonia Warszawska w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Związek Międzygminny pod nazwą "Natura" z siedzibą w Grójcu w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych w gminach należących do Związku Międzygminnego pod nazwą Natura” - zamówienie w 4 częściach. Numer referencyjny: WOR.271.1.2021. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 463897-2021-PL z dnia 14 września 2021r.

Odwołujący podał, że odwołanie wniósł wobec czynności Zamawiającego polegającej:

- 1) na wyborze oferty wykonawcy PREZERO SERVICE WSCHÓD Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia (Gmina Belsk Duży), w zakresie części II (Gmina Chynów) oraz w zakresie części III (Gmina Choszczyn),
- 2) na dokonaniu błędnej oceny oferty Odwołującego w kryterium oceny ofert „norma EURO 5”, w każdej z części zamówienia, oraz ewentualnie zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty Odwołującego odnoszącej się do elementów podlegających ocenie we wskazanym powyżej kryterium oceny ofert.

Zaskarżonym czynnościom Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez przyznanie Odwołującemu 0 punktów w kryterium oceny ofert „norma EURO 5”, w każdej z części zamówienia, w sytuacji, gdy z oferty wykonawcy wynika, że Odwołujący dysponuje odpowiednią liczbą pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO 5 i powinien otrzymać maksymalną liczbę punktów w tym kryterium, co najmniej w części I, części II i części III zamówienia, oraz odpowiednio większą niż 0 liczbę punktów w tym kryterium w części IV zamówienia;
- 2) art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia z Odwołującym, czy zaoferowane przez niego pojazdy są pojazdami z funkcją kompaktującą i przyjęcie, wbrew oświadczeniom złożonym przez Odwołującego w JEDZ oraz bez żadnych podstaw, że wszystkie zaoferowane pojazdy spełniające normę emisji EURO 5 są pojazdami z funkcją kompaktującą, oraz ewentualnie zaniechanie wyjaśnienia z Odwołującym, w jaki sposób przyporządkował on poszczególne pojazdy do poszczególnych części zamówienia;
- 3) art. 16 Pzp, w tym zwłaszcza wynikającej z pkt 3 tego przepisu zasady proporcjonalności poprzez przyjęcie, że wobec braku przyporządkowania przez Odwołującego w ofercie pojazdów do poszczególnych części zamówienia i to w sytuacji, gdy Zamawiający nie

zawarł w SWZ wymogu dokonania takiego przyporządkowania, Odwołujący nie może otrzymać punktów w kryterium „norma EURO 5” w żadnej z części zamówienia. Pozbawienie Odwołującego punktów we wskazanym kryterium oceny ofert w każdej części zamówienia jest, w realiach niniejszej sprawy, naruszeniem zasady proporcjonalności. „Sankcja” zastosowana przez Zamawiającego, polegająca na zaniechaniu przyznania Odwołującemu punktów w każdej części zamówienia, jest bowiem działaniem nieadekwatnym do stopnia rzekomego naruszenia przez Odwołującego wymogów SWZ, jak również nie jest konieczna dla zachowania pozostałych zasad prowadzenia postępowania.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I - III zamówienia, (2) unieważnienia czynności oceny oferty Odwołującego dokonanej w ramach kryterium „norma EURO 5” w tych częściach zamówienia oraz przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym ewentualnie wezwanie Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Wskazał ponadto, że w jego ocenie doszło do niewłaściwej oceny jego oferty w każdej z części zamówienia, jednakże z uwagi na okoliczność, iż przyznanie Odwołującemu maksymalnej ilości punktów w kryterium „norma EURO 5” nie mogłoby zmienić pozycji Odwołującego na liście rankingowej ofert złożonych dla części IV zamówienia, Odwołujący nie żąda unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla tej części zamówienia i powtórzenia badania i oceny oferty Odwołującego. Niemniej jednak z uwagi na powiązania pomiędzy oświadczeniami złożonymi przez Odwołującego na potrzeby oceny oferty Odwołującego dla każdej z części zamówienia, zarzuty odwołania oraz jego uzasadnienie nawiązuje do wszystkich części zamówienia.

Odwołujący wskazał, że *„ma interes w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania odwoławczego na jego korzyść. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana odpowiednio na drugiej (część II zamówienia) oraz trzeciej (pozostałe części zamówienia) pozycji tzw. listy rankingowej, przy czym klasyfikacja ta jest wyłącznie wynikiem przyznania Odwołującemu 0 punktów w kryterium oceny ofert „norma EURO 5”. Gdyby Odwołujący we wskazanym kryterium uzyskał maksymalną liczbę punktów (30 punktów) w części I – III zamówienia jego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w niniejszym odwołaniu może więc doprowadzić do powstania po stronie Odwołującego szkody równej co najmniej zyskom, jakie Odwołujący mógł osiągnąć, realizując zamówienie. Gdyby bowiem Zamawiający nie naruszył*

wskazanych w niniejszym odwołaniu przepisów, Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie w części I – III zamówienia”.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał w szczególności:

I. Wymagania wynikające z zapisów SWZ.

1. Zamawiający w rozdz. XVIII SWZ przyjął następujące kryteria oceny ofert:

- Cena oferty brutto [C]– waga kryterium 60% = 60pkt
- Norma EURO 5 dla środków transportu [E]– waga kryterium 30 % = 30 pkt.
- Akcja informacyjna [A]– waga kryterium 10% = 10 pkt.

2. Dla kryterium „norma EURO 5” Zamawiający w pkt 3 ww. rozdziału SWZ wprowadził następujące zasady przyznawania punktów:

„Zasady oceny ofert w kryterium „Norma EURO 5 dla środków transportu” – maksymalnie 30 pkt Wykonawcy zostaną przyznane punkty za wykazanie:

- 1) minimum 1 pojazdu przewidzianego do zbierania odpadów komunalnych spełniającego poziom emisji spalin minimum na poziomie standardu EURO 5 – 10 punktów;*
- 2) minimum 2 pojazdów przewidzianych do zbierania odpadów komunalnych spełniających poziom emisji spalin minimum na poziomie standardu EURO 5 – 20 punktów;*
- 3) minimum 3 pojazdów przewidzianych do zbierania odpadów komunalnych spełniających poziom emisji spalin minimum na poziomie standardu EURO 5 – 30 punktów.*

Uwaga: Wykonawca składa oświadczenie w przedmiocie dysponowania pojazdami spełniającymi poziom emisji spalin minimum na poziomie standardu EURO 5. Potwierdzenie emisji spalin minimum na poziomie standardu EURO 5 dla konkretnych pojazdów następuje na podstawie kopii dokumentu (certyfikatu) potwierdzającego ten standard (akceptowane są określone, powszechnie stosowane świadectwa potwierdzające klasę emisji spalin).

Wykonawca zobowiązany jest do dołączenia do oferty kopii dokumentów (certyfikatów) potwierdzających emisję spalin minimum na poziomie standardu EURO 5 dla pojazdów przewidzianych do zbierania odpadów komunalnych.

Wykonawca może wskazać w celu uzyskania punktów w przedmiotowym kryterium te same pojazdy, które wykazał na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej.

Uwaga: Wykonawca, który składa ofertę na więcej niż jedną część zamówienia, może posłużyć się tym samym potencjałem technicznym (wskazać te same pojazdy) dla dwóch lub większej liczby części zamówienia, za wyjątkiem pojazdów z funkcją kompaktującą.

Wykonawca, który składa ofertę na więcej niż jedną część zamówienia, nie może posłużyć się tym samym pojazdem/pojazdami z funkcją kompaktującą (wskazać tego/tych samego/mych pojazdu/-ów) dla dwóch lub większej liczby części zamówienia”.

W przypadku wskazania przez Wykonawcę tego samego pojazdu z funkcją kompaktującą w dwóch lub większej liczbie części zamówienia, Zamawiający nie uwzględni tego pojazdu przy przyznawaniu punktów w przedmiotowym kryterium w żadnej z tych części” (podkreślenia za Zamawiającym – przypis autora).

3. W ślad za tak określonymi zasadami przyznawania punktów w kryterium „norma EURO 5” Zamawiający wprowadził do Formularza oferty (zał. 2 do SWZ) następujący zapis:

„2. Oświadczamy, że dysponujemy:

- 1) dla Części I (Sektor 1 – Gmina Belsk Duży)** pojazdami spełniającymi poziom emisji spalin minimum na poziomie standardu EURO 5
- 2) dla Części II (Sektor 2 – Gmina Chynów)** pojazdami spełniającymi poziom emisji spalin minimum na poziomie standardu EURO 5
- 3) dla Części III (Sektor 3 – Gmina Goszczyn)** pojazdami spełniającymi poziom emisji spalin minimum na poziomie standardu EURO 5
- 4) dla Części IV (Sektor 4 – Gmina Promna)** pojazdami spełniającymi poziom emisji spalin minimum na poziomie standardu EURO 5 (...)

**wypełnia Wykonawca”

4. Już w tym miejscu zasygnalizowania wymaga, że Zamawiający wymagał wskazania przez wykonawców w ofercie wyłącznie liczby samochodów spełniających właściwą normę emisji spalin dla danej części zamówienia (podania w wykropkowanym miejscu Formularza cyfry jeden, dwa lub trzy). Zamawiający nie wymagał podania w ofercie ani informacji o tym, czy pojazdy wskazywane przez wykonawcę mają funkcję kompaktującą, ani o tym, w jaki samochód (np. o jakim numerze rejestracyjnym) będzie dedykowany do realizacji danej części zamówienia. Jest to o tyle istotne, o ile Zamawiający z góry przewidywał, że ten sam pojazd może - w określonych w SWZ warunkach – być przeznaczony do realizacji zamówienia w różnych częściach zamówienia, a co za tym idzie jeżeli był to równocześnie pojazd spełniający normę emisji spalin EURO 5 wykonawcy mogli otrzymać dodatkowe punkty w każdej części zamówienia *de facto* za ten sam pojazd.

5. Warto także zaznaczyć, że z dokumentów wymaganych przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia normy emisji spalin EURO 5 (np. certyfikatów) miało wynikać wyłącznie to, że konkretny pojazd spełnia określony standard (standard właściwy dla danej normy emisji spalin). Z dokumentów tych nie musiało wynikać, czy dany pojazd ma funkcję kompaktującą i do realizacji zamówienia, w której części wykonawca zamierza go przeznaczyć.

II. Okoliczności faktyczne. Oceny oferty Odwołującego dokonana przez Zamawiającego.

6. Odwołujący, składając ofertę, złożył w jej pkt 2 oświadczenie, że dla każdej z części zamówienia dysponuje 3 pojazdami spełniającymi poziom emisji spalin minimum na poziomie standardu EURO 5. Jednocześnie do oferty załączył certyfikaty EKMT

potwierdzające spełnienie przez pojazd silnikowy odpowiednich warunków technicznych i wymogów bezpieczeństwa dla pięciu pojazdów.

7. Wraz z ofertą Odwołujący złożył również oświadczenie JEDZ, potwierdzając m. in., że spełnia warunki udziału w niniejszym Postępowaniu (w tym celu w części IV oświadczenia wypełnił sekcję a). Pismem z dnia 19 października 2021r. Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie art. 128 ust. 1 i 2 Pzp do złożenia aktualnego oświadczenia JEDZ, tj. oświadczenia, w którym w części IV wypełnione będą sekcje A, B i C.

8. Odwołujący w odpowiedzi na wskazane wezwanie złożył poprawione oświadczenie JEDZ, oświadczając, że będzie dysponował następującymi pojazdami do realizacji zamówienia:

- ✓ W4 JAREK- MERCEDES- BENZ ECONIC 2629LL – EURO V – pojazd przystosowany do odbioru odpadów z funkcją kompaktującą, samochód do „trudnych dojazdów”
- ✓ WPI 5GY3- SCANIA P280DB6X2*4HNA- EURO V – pojazd przystosowany do odbioru odpadów funkcją kompaktującą, samochód do „trudnych dojazdów”
- ✓ WPI 83885- SCANIA P280DB6X2*4HNA- EURO V – pojazd przystosowany do odbioru odpadów funkcją kompaktującą, samochód do „trudnych dojazdów”
- ✓ WPI 83268- SCANIA P310DB6X2*4HNA- EURO V – pojazd przystosowany do odbioru odpadów bez funkcji kompaktującej, samochód do „trudnych dojazdów”
- ✓ WPI 83267- SCANIA P310DB6X2- 4HNA- EURO V – pojazd przystosowany do odbioru odpadów bez funkcji kompaktującej, samochód do „trudnych dojazdów”

9. Oceniając złożoną ofertę Zamawiający przyznał Odwołującemu 0 pkt w kryterium oceny „norma EURO 5”, wyjaśniając ten sposób oceny oferty Odwołującego w decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 5 listopada 2021r. (doręczonej Odwołującemu w dniu 9 listopada 2021r.) następująco (uzasadnienie było takie same dla wszystkich części zamówienia, a co za tym idzie Odwołujący zacytuje je tylko raz):

„Oferta ta otrzymała 0 punktów w kryterium „norma EURO 5”, gdyż wykonawca, składając ofertę na wszystkie części zamówienia posłużył się tymi samymi pojazdami na każdą część zamówienia, posiadającymi funkcję kompaktującą. Zamawiający w Rozdziale XVIII ust. 3 SWZ, zawierającym opis kryterium oceny ofert „norma EURO 5 dla środków transportu”, zobowiązał wykonawców do złożenia oświadczenia w przedmiocie dysponowania pojazdami spełniającymi poziom emisji spalin minimum na poziomie standardu EURO 5 oraz do dołączenia do oferty kopii dokumentów (certyfikatów) potwierdzających emisję spalin minimum na poziomie standardu EURO 5 dla pojazdów przewidzianych do zbierania odpadów komunalnych. Jednocześnie zamawiający zamieścił zastrzeżenie: „Wykonawca, który składa ofertę na więcej niż jedną część zamówienia, może posłużyć się tym samym potencjałem technicznym (wskazać te same pojazdy) dla dwóch lub większej liczby części zamówienia, za wyjątkiem pojazdów z funkcją kompaktującą. Wykonawca, który składa ofertę na więcej niż jedną część zamówienia, nie może posłużyć się tym samym

pojazdem/pojazdami z funkcją kompaktującą (wskazać tego/tych samego/-mych pojazdu/-ów) dla dwóch lub większej liczby części zamówienia. W przypadku wskazania przez Wykonawcę tego samego pojazdu z funkcją kompaktującą w dwóch lub większej liczbie części zamówienia, Zamawiający nie uwzględni tego pojazdu przy przyznawaniu punktów w przedmiotowym kryterium w żadnej z tych części. Wykonawca JARPER Sp. z o.o. na wszystkie części zamówienia (gdyż nie wskazał, na realizację której części zamówienia przeznacza poszczególne pojazdy) złożył dokumenty potwierdzające emisję spalin na poziomie standardu EURO 5 pięciu pojazdów, z których każdy posiada funkcję kompaktującą. W formularzu oferty wykonawca oświadczył, że w każdej z części zamówienia dysponuje 3 pojazdami spełniającymi poziom emisji spalin minimum na poziomie standardu EURO 5. Wobec powyższego, z uwagi na zacytowane powyżej zastrzeżenie poczynione w SWZ, zamawiający nie miał możliwości przyznania punktów wykonawcy JARPER Sp. z o. o. w kryterium „norma EURO 5”.

III. Uzasadnienie zarzutów stawianych czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego.

10. W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, że na podstawie decyzji Zamawiającego z dnia 5 listopada 2021r. nie sposób ustalić, z czego Zamawiający wywodzi, że wszystkie pojazdy wskazane przez Odwołującego w ofercie były pojazdami z funkcją kompaktującą.

11. Oświadczenie takiej treści nie znalazło się w ofercie Odwołującego. Wobec braku w SWZ wymogu wskazania w ofercie rodzaju i wyposażenia pojazdu, Odwołujący nie złożył w ofercie oświadczenia odnośnie tego, jakie wyposażenie ma każdy z zaoferowanych pojazdów.

12. Oświadczenie odnośnie wyposażenia pojazdów wskazywanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (a więc pośrednio kryteriów oceny ofert) znalazło się dopiero w uzupełnionym w dniu 21 października 2021r. dokumencie JEDZ. W tym oświadczeniu Odwołujący jednoznacznie wskazał jednak, że dwa z pięciu pojazdów są pojazdami bez funkcji kompaktującej.

13. W ocenie Odwołującego wniosku co do posiadania przez zaoferowane pojazdy funkcji kompaktującej Zamawiający nie mógł również wywieść z treści załączonych do oferty certyfikatów – w certyfikatach znajdują się oświadczenia producenta odnośnie relacji mocy silnika, poziomu hałasu, emisji spalin, wymogów bezpieczeństwa w zakresie lusterka wstecznego, tachografu, urządzeń ograniczających prędkość, układu hamulcowego czy układu kierowniczego do właściwych przepisów. Żadne z tych oświadczeń nie wskazuje by konkretny pojazd był „z funkcją kompaktującą”.

14. Warto przy tym dodać w tym miejscu, że Zamawiający pisząc w SWZ o „pojazdach z funkcją kompaktującą” dokonuje pewnego skrótu myślowego. Pojazd przystosowany do odbioru odpadów komunalnych składa się z podwozia (nośnika) – samochodu ciężarowego, który zabudowywany jest określoną zabudową. W tym przypadku ma to być zabudowa

przystosowana do odbioru odpadów komunalnych z mechanizmem załadowniczym z funkcją kompaktującą (zgniatającą odpady przy załadunku). Wymogi normy emisji spalin EURO 5 odnoszone są do samochodu ciężarowego będącego podwoziem pojazdu przystosowanego do odbioru odpadów. Z tego też względu, przedstawione przez Odwołującego certyfikaty, jako odnoszące się do nośników, z założenia nie mogły potwierdzać, czy dany pojazd będzie ostatecznie wyposażony w zabudowę z funkcją kompaktującą. Jest to także o tyle istotne, o ile wykonawca dysponując określoną liczbą pojazdów ciężarowych (nośników) ma możliwość dokonywania zmian w ich zabudowie, tj. może zakupić u producenta pojazd z gotową zabudową z funkcją kompaktującą, ale dla potrzeb realizacji danego zamówienia ta zabudowa może zostać zdemontowana i na tym samym nośniku można zabudować inną zabudowę. Rozwiązania takie są stosowane w praktyce i choć wiążą się z pewnymi kosztami, nie są z założenia niemożliwe. Innymi więc słowy, okoliczność, że dany nośnik był uprzednio z zabudową z funkcją kompaktującą, nie oznacza, że nie może on na potrzeby kolejnego zamówienia zostać zabudowany zabudową bez tej funkcji. Certyfikat, o którym mowa powyżej, siłą rzeczy nie będzie więc odnosił się do zabudowy jako takiej.

15. W tej sytuacji nie sposób ustalić, na jakiej podstawie Zamawiający przyjął, że wszystkie pojazdy wskazane przez Odwołującego są i będą dla potrzeb realizacji tego zamówienia pojazdami z funkcją kompaktującą.

16. Zaznaczyć przy tym należy, że jeżeli Zamawiający prowadził w tym zakresie jakieś własne ustalenia, wykraczające poza treść oświadczeń i dokumentów złożonych przez Odwołującego wraz z ofertą, ustalenia te winny być wskazane w decyzji o przyznaniu Odwołującemu punktów w kryterium oceny ofert. Odwołujący nie może domyślać się, z jakich względów Zamawiający przyznał mu określoną ilość punktów, a więc w tym przypadku, z jakich względów Zamawiający przyjął, że wszystkie wskazane w ofercie Odwołującego pojazdy będą na etapie realizacji zamówienia wyposażone w zabudowę przystosowaną do odbioru odpadów z mechanizmem załadowniczym z funkcją kompaktującą.

17. Za wyrokiem KIO 863/21, podał, że: *„Przekazanie samej karty zbiorczej oceny ofert bez wskazania jakichkolwiek informacji wyjaśniających faktyczne powody przyznania bądź nieprzyznania punktów poszczególnym wykonawcom w kryterium „Ocena koncepcji wykonania przedmiotu zamówienia” nie spełnia wymogów pozwalających uznać taki dokument za uzasadnienie w rozumieniu art. 253 ust. 1 ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. (...) O podstawach takiej, a nie innej oceny, wykonawcy powinni zostać zatem należycie powiadomieni, a już zwłaszcza w przypadku, gdy ich koncepcja nie uzyskała maksymalnej liczby punktów. Wszystkie informacje o podstawach czynności zamawiającego odwołujący powinien uzyskać z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Sytuacja, w której wykonawca nie może poznać argumentacji, która prowadziła do negatywnej oceny jego oferty, niewątpliwie nie sprzyja zasadom uczciwej*

konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, wyrażonym w art. 16 ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.”

18. Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że w niniejszej sprawie niewystarczające było wskazanie w piśmie z dnia 5 listopada 2021 r., iż Zamawiający nie przyznał Odwołującemu punktów w kryterium oceny ofert „norma EURO 5” z tego względu, że wszystkie wskazane przez niego pojazdy mają funkcję kompaktującą, ale dodatkowo wyjaśnienia wymagało w oparciu, o jakie dane Zamawiający przyjął, że w istocie wszystkie samochody wskazane w ofercie Odwołującego mają i nadal mieć będą funkcję kompaktującą, skoro w tym zakresie w ofercie nie znajdowały się żadne oświadczenia.

19. Dodać na marginesie powyższego należy, że jeżeli Zamawiający wszedł w posiadanie informacji odnośnie tego, że pojazdy wskazywane przez Odwołującego w ofercie mogą posiadać funkcję kompaktującą, nie mógł podjąć ostatecznej decyzji o przyznaniu punktów Odwołującemu w kryterium „norma EURO 5”, nie wyjaśniając wcześniej z Odwołującym, jakie funkcje rzeczywiście będą posiadały pojazdy skierowane do realizacji zamówienia.

Wniosek co do konieczności wyjaśnienia z Odwołującym tej kwestii jest tym bardziej zasady, jeśli uwzględni się, że (1) Zamawiający nie żądał od wykonawców złożenia w ofercie oświadczenia co do posiadania przez pojazdy określonych funkcji, a (2) Odwołujący w oświadczeniu złożonym na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (JEDZ) oświadczył, że co najmniej dwa pojazdy przeznaczone do realizacji zamówienia będą bez funkcji kompaktującej.

20. Podstawą do skierowania do Odwołującego wezwania do wyjaśnienia tej kwestii jest przepis art. 223 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

21. We wskazanym przepisie mowa jest o tym, że Zamawiający „może” żądać od wykonawców wyjaśnień, jednak na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów (i stanowisko to zachowuje swoją aktualność) Izba wyjaśniała, że w istocie, z uwagi na podstawowe zasady prowadzenia postępowania, na Zamawiającym może spoczywać obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej przez niego oferty. Obowiązek ten aktualizuje się ilekroć Zamawiający poweźmie wątpliwości co do treści złożonej oferty, a na skutek tych wątpliwości Zamawiający miałby podjąć czynność niekorzystną dla wykonawcy.

22. Przykładowo wskazał na wyrok KIO 760/21, cytując: „Podkreślić należy także, że zamawiający jest jednak zobowiązany do wystąpienia do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień, kiedy ich wystąpienie jest niewątpliwe, a więc w sytuacji kiedy zamawiający zamierza odrzucić złożoną ofertę z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ w szerokim znaczeniu „niezgodności”. Zaniechanie przez zamawiającego tego trybu wyjaśniania

wątpliwości odnoszących się do treści złożonej oferty winno być uznane za naruszenie przepisów postępowania, ponieważ to na zamawiającym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci możliwości odrzucenia oferty, spoczywa ciężar udowodnienia podstawy do zastosowania tej sankcji wobec oferty wykonawcy. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ewentualnego ustalenia, że dana oferta nie odpowiada treści SIWZ”.

23. W przywołanym wyroku Izba odnosi się wprawdzie do sytuacji, kiedy skutkiem niewyjaśnienia oferty miałyby być odrzucenie oferty wykonawcy. Jednakże w ocenie Odwołującego identycznie należy podejść do sytuacji, w której skutkiem wątpliwości powstałych po stronie Zamawiającego miałyby być przyznanie wykonawcy mniejszej ilości punktów w kryterium oceny ofert. Również w tym przypadku na Zamawiającym spoczywa ciężar wykazania, że dany wykonawca nie może otrzymać określonej ilości punktów w kryterium oceny ofert, a więc istnienie wyłącznie wątpliwości po stronie Zamawiającego jest niewystarczające do tego by odmówić wykonawcy przyznania dodatkowych punktów.

24. Oczywiście zgodzić należy się z tym, że informacje zawarte w ofertach i oceniane w ramach kryteriów oceny ofert nie podlegają uzupełnieniom, czy modyfikacjom po upływie terminu składania ofert, a co za tym idzie proces wyjaśnień tej części oferty musi być prowadzony z wykonawcą bardzo ostrożnie, jednak jest dopuszczony orzecznictwem Izby.

25. W niniejszej sprawie odnotować przy tym należy, że wyjaśnienie z Odwołującym, czy zaoferowane przez niego pojazdy mają funkcję kompaktującą nie mogłoby prowadzić do zmiany informacji zawartych w ofercie i podlegających ocenie w ramach kryterium „norma EURO 5”, bowiem wykonawcy na potrzeby oceny ofert w tym Postępowaniu nie składali oświadczeń odnośnie tego, jakie funkcje mają ich pojazdy wskazywane w ofercie. Oświadczenie zawarte w ofercie odnosiło się tylko do ilości pojazdów i takie oświadczenie, na skutek wyjaśnienia, nie mogłoby zostać zmienione.

26. Kolejno podnieść należy, że Zamawiający przyjmując założenie o tym, że wszystkie zaoferowane przez Odwołującego pojazdy mają funkcję kompaktującą, nie przyznał mu ostatecznie żadnych punktów w kryterium oceny ofert. Warto jednak zaznaczyć, że nawet jeśli przyjąć by, że zaoferowane przez Odwołującego pojazdy mają i będą mieć funkcję kompaktującą (z czym Odwołujący się nie zgadza), Odwołujący powinien był otrzymać część punktów w kryterium. Przedstawienie do oferty 5 pojazdów z funkcją kompaktującą powinno dać Odwołującemu co najmniej 10 punktów w każdej z części zamówienia (nawet jeśli Zamawiający nie mógłby przypisać piątego z pojazdów do żadnego zadania). Kierując się zasadą wyrażoną w SWZ odnośnie tego, że żaden z pojazdów z funkcją kompaktującą nie może być wskazany do realizacji więcej niż jednej części zamówienia, Zamawiający powinien był przyjąć, że wykonawca może skierować wskazane przez siebie w ofercie

pojazdy co najmniej do realizacji czterech części zamówienia, co dawałoby mu po 10 dodatkowych punktów w każdej z części zamówienia.

27. W sytuacji natomiast, gdy dwa z pięciu przedstawionych przez Odwołującego w ofercie pojazdów, będą pojazdami bez funkcji kompaktującej ilość punktów, jakie Zamawiający powinien przyznać Odwołującemu w każdym z zadań wzrasta. Odwołujący może bowiem skierować te dwa pojazdy z normą emisji spalin co najmniej EURO 5 do realizacji zamówienia w każdym z czterech zadań, uzyskując w każdym z tych zadań 20 punktów w kryterium oceny ofert „norma EURO 5”.

28. W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien przyznać mu także punkty za 3 pozostałe pojazdy z funkcją kompaktującą, przypisując je do poszczególnych części zamówienia według ich numeracji (pierwszy pojazd z funkcją kompaktującą do części pierwszej zamówienia, drugi pojazd z funkcją kompaktującą do części drugiej zamówienia itd.).

29. Podkreślił, że Zamawiający – mimo, iż SWZ dopuszczała zaoferowanie tych samych pojazdów (pojazdów bez funkcji kompaktującej) do realizacji różnych części zamówienia – nie wymagał zapisami SWZ, by wykonawcy w swojej ofercie „przypisywali” poszczególne pojazdy do danej części zamówienia. Formularz oferty wymagał wyłącznie złożenia oświadczenia co do ilości pojazdów z wymaganą normą emisji spalin dla danej części zamówienia.

30. W tej sytuacji Zamawiający nie może obecnie czynić Odwołującemu zarzutu, że ten nie „przypisał” pojazdów do części zamówienia i twierdzić, że z uwagi na to nie może przyznać punktów w kryterium oceny ofert. Odwołujący „karany” jest bowiem obecnie mniejszą ilością punktów za to, że Formularz oferty sporządził zgodnie z wymogami wprost wyrażonymi w SWZ. Jeżeli Zamawiający uważał, że w sytuacji, gdy wykonawcy skorzystają z możliwości przewidzianej SWZ i te same pojazdy przeznaczą do realizacji różnych części zamówienia, nie będzie możliwe przyznanie punktów w kryterium oceny ofert bez uprzedniego oświadczenia wykonawcy odnośnie tego, jakie pojazdy przypisuje do danej części zamówienia, winien był żądać takiego oświadczenia w ofercie. Tymczasem Zamawiający nie zawarł w SWZ takiego wymogu, a nawet więcej – nie oczekiwał podania w ofercie ani, jakie pojazdy są przewidziane do realizacji zamówienia, ani jakie posiadają one funkcje. Zamawiający oczekiwał wyłącznie podania ilości pojazdów z normą emisji spalin dla danej części oraz certyfikatów (lub innych dokumentów), z których będzie wynikał fakt spełniania wymaganej normy. Z dokumentów tych, jak wskazywano powyżej, nie wynikało i wynikać nie musiało, jaką funkcję ma dany pojazd.

31. Zamawiający nie może więc obecnie twierdzić, że nie jest w stanie przyznać Odwołującemu punktów w kryterium „norma EURO 5”, mimo iż ten złożył ofertę w sposób ściśle odpowiadający wymaganiom SWZ. Stanowiłoby to naruszenie podstawowych zasad

prowadzenia postępowania, w tym zasady przejrzystości i równego traktowania. Wykonawca byłby bowiem gorzej traktowany niż inni wykonawcy uczestniczący w postępowaniu tylko z tego względu, że nie złożył w ofercie dodatkowych, niewymaganych zapisami SWZ oświadczeń.

32. Brak przyznania punktów w omawianym kryterium byłby również sprzeczny z zasadą proporcjonalności. W niniejszym Postępowaniu mamy do czynienia z taką sytuacją, że Odwołujący, mimo iż dostosował się do wymogów SWZ wskazujących na to, jakie oświadczenia i dokumenty ma złożyć wraz z ofertą w celu uzyskania dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert i w sytuacji, gdy wykazał, że istotnie posiada potencjał techniczny wystarczający do uzyskania dodatkowych punktów w ilości maksymalnej przynajmniej dla części zadań, i tak punktów tych nie uzyskuje.

33. Za wyrokiem KIO 371/17, podał, że „definicji zasady proporcjonalności należy szukać w orzecznictwie, które jednoznacznie potwierdza, że „zasada proporcjonalności to zachowanie adekwatne do danej sytuacji, tym samym musi być ono właściwe w okolicznościach danej sprawy, co oznacza, że podejmowane działania muszą odpowiadać założonym celom”.

34. W niniejszej sprawie, jak można założyć, bo sam Zamawiający w uzasadnieniu decyzji z dnia 5 listopada 2021r. nie wskazuje żadnych motywów swojego postępowania, Zamawiający obawia się, że przyznanie Odwołującemu punktów w kryterium oceny ofert „norma EURO 5” mogłoby naruszyć zasady równej konkurencji, w szczególności zaś wymagałoby przeprowadzenia z wykonawcą dodatkowych negocjacji. Jednakże z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie i Zamawiający, kierując się wyłącznie zapisami SWZ i oświadczeniami, jakie uzyskał od Odwołującego wraz z ofertą, powinien był samodzielnie przypisać ilość pojazdów do danej części zamówienia (dla przyznania punktów kwestią obojętną pozostaje, który konkretnie z pojazdów danego rodzaju będzie przypisany do danej części zamówienia). I tak:

35. Odnośnie pojazdów bez funkcji kompaktującej wyjaśnione zostało powyżej, że zgodnie z SWZ mogą być one wykorzystane do realizacji każdej części zamówienia. Dwa tego typu pojazdy wskazane w ofercie Zamawiający mógł więc przypisać do każdej z części zamówienia, co daje Odwołującemu w każdej części zamówienia po 20 dodatkowych punktów w omawianym kryterium oceny ofert.

36. Odnośnie pozostałych trzech pojazdów z funkcją kompaktującą Zamawiający mógł przyjąć najprostsze rozwiązanie, a mianowicie przypisać po jednym z pojazdów do trzech pierwszych części zamówienia (wg kolejności części ustalonych w SWZ). Trudno byłoby zarzucić Zamawiającemu w tym zakresie jakąkolwiek stronniczość, jeśli kluczem do „przypisania” pojazdów do części zamówienia byłaby wyłącznie kolejność części ustalona w SWZ, nie zaś warunki realizacji poszczególnych części zamówienia, możliwe miejsce wykonawcy w rankingu ofert/możliwość uzyskania zamówienia itd.

37. W ocenie Odwołującego nic nie stało na przeszkodzie by poprawność takiego „przypisania” pojazdów do części zamówienia Zamawiający potwierdził z Odwołującym w trybie art. 223 ust. 1 Pzp, tj. wyjaśniając z nim treść oferty ocenianej w ramach omawianego kryterium oceny ofert. Elementem oferty nie było wszak oświadczenie wykonawcy odnośnie tego, do jakiej części zamówienia „przypisuje” dany pojazd, stąd potwierdzenie we wskazanym trybie, że Zamawiający poprawnie odczytuje intencje wykonawcy nie stanowiłoby niedozwolonej zmiany treści złożonej oferty. Skoro bowiem w ofercie nie było oświadczenia o danej treści, nie ma czego w ofercie tej poprawiać.

38. Podsumowując powyższe podkreślił, że nie wszystkie pojazdy wskazane w ofercie Odwołującego będą, na potrzeby realizacji tego zamówienia, wyposażone w zabudowę do odbioru odpadów komunalnych z funkcją kompaktującą. Jak Odwołujący wskazał w JEDZ (odnośnie tych samych pojazdów, choć w tym przypadku wskazywanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu) dwa z nich będą „pojazdami bez funkcji kompaktującej”. W tej sytuacji Zamawiający nie był uprawniony do przyznania Odwołującemu 0 pkt w kryterium oceny ofert „norma EURO 5” dla każdej z części zamówienia. Dwa pojazdy, które są bez funkcji kompaktującej i które w związku z tym można było wskazać dla każdej części zamówienia winny być ocenione w każdej z części zamówienia, co oznacza, że za te dwa pojazdy Odwołujący w każdej części zamówienia powinien otrzymać po 20 pkt w omawianym kryterium. Pozostałe trzy pojazdy bez funkcji kompaktujące powinny zostać przypisane przez Zamawiającego do poszczególnych części zamówienia samodzielnie (np. wg najprostszej z możliwych zasad, tj. pierwszy pojazd do pierwszej części zamówienia, drugi pojazd do drugiej części zamówienia itd.), względnie Zamawiający sposób przypisania pojazdów do części zamówienia winien był wyjaśnić z Odwołującym. Zamawiający nie wymagał bowiem zapisami SWZ przypisania w ofercie pojazdów do części zamówienia, a co za tym idzie nie może odmówić wykonawcy przyznania punktów w kryterium oceny ofert „norma EURO 5” z tego tylko względu, że Odwołujący nie zawarł w ofercie niewymaganego zapisami SWZ oświadczenia, zwłaszcza w sytuacji, gdy przyjęcie opisanego powyżej sposobu przypisania pojazdów do części zamówienia nie można uznać za naruszenie zasad konkurencji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 29.11.2021 r.) wniósł o oddalenie odwołania wskazując w szczególności:

Przyjęte przez zamawiającego w rozdz. XVIII SWZ pozacenowe kryterium oceny ofert dotyczyło normy emisji spalin na poziomie EURO 5 dla środków transportu [E]. Waga powyższego kryterium wynosiła 30 % = 30 pkt. Zasady oceny ofert w kryterium „Norma EURO 5 dla środków transportu” zostały określone w punkcie 3 Rozdziału XVIII SWZ. Zgodnie z powyższymi zasadami wykonawcy mieli otrzymać w tym kryterium maksymalnie

30 punktów, przy czym maksymalną liczbę punktów mogli otrzymać wykonawcy, którzy wskazali co najmniej 3 pojazdy spełniające normę emisji spalin na poziomie EURO 5.

Wykonawcy mieli składać oświadczenie w przedmiocie dysponowania pojazdami spełniającymi poziom emisji spalin minimum na poziomie standardu EURO 5. Potwierdzenie emisji spalin minimum na poziomie standardu EURO 5 dla konkretnych pojazdów następuje na podstawie kopii dokumentu (certyfikatu) potwierdzającego ten standard (akceptowane są określone, powszechnie stosowane świadectwa potwierdzające klasę emisji spalin). Wykonawcy zobowiązani byli do dołączenia do oferty kopii dokumentów (certyfikatów) potwierdzających emisję spalin minimum na poziomie standardu EURO 5 dla pojazdów przewidzianych do zbierania odpadów komunalnych. Wykonawcy mogli wskazać w celu uzyskania punktów w przedmiotowym kryterium te same pojazdy, które wykazali na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej. Jednocześnie w SWZ zamawiający wskazał, że wykonawcy, którzy składali ofertę na więcej niż jedną część zamówienia, mogli posłużyć się tym samym potencjałem technicznym (wskazać te same pojazdy) dla dwóch lub większej liczby części zamówienia, za wyjątkiem pojazdów z funkcją kompaktującą. Wykonawcy, którzy składali ofertę na więcej niż jedną część zamówienia, nie mogli posłużyć się tym samym pojazdem/pojazdami z funkcją kompaktującą (wskazać tego/tych samego/-mych pojazdu/-ów) dla dwóch lub większej liczby części zamówienia. W przypadku wskazania przez wykonawców tego samego pojazdu z funkcją kompaktującą w dwóch lub większej liczbie części zamówienia, zamawiający nie uwzględniał tego pojazdu przy przyznawaniu punktów w przedmiotowym kryterium w żadnej z tych części.

Odnosząc się do opisanych w SWZ zasad przyznawania punktów w kryterium „Norma EURO 5 dla środków transportu” należy kolejno zważyć, co następuje.

Zamawiający w kryterium „Norma EURO 5 dla środków transportu” precyzyjnie wskazał w jaki sposób będzie dokonywał oceny pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO 5. Nie jest prawdą twierdzenie odwołującego, że zamawiający wymagał w formularzu oferty podania wyłącznie liczby samochodów spełniających normę emisji spalin EURO 5. Formularz w punkcie 2 nie zawierał instrukcji wypełnienia wykropkowanego miejsca w formularzu ofertowym poprzez podanie cyfry 1, 2 lub 3, określającej liczbę pojazdów jakimi dysponuje wykonawca. Wykonawca miał możliwość podania w ofercie konkretnych samochodów na daną część zamówienia. Wykonawcy mieli możliwość złożenia oferty na 1, 2, 3 lub 4 części zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę na więcej niż jedną część zamówienia, chcącego wskazać te same pojazdy dla dwóch lub większej liczby części zamówienia, było takie sporządzenie oferty, aby nie budziło wątpliwości zamawiającego, czy wskazane w ofercie pojazdy będą wykorzystywane przez wykonawcę do realizacji całości zamówienia, czy też poszczególnych jego części. To na wykonawcy,

jako na profesjonalście, w przypadku, gdy nosił się z zamiarem skierowania określonego samochodu do konkretnej części, ciążył obowiązek wskazania tej okoliczności czy to w formularzu oferty, czy też na dokumentach potwierdzających normę emisji spalin EURO 5. Na wykonawcy będącym profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego ciąży obowiązek sporządzenia oferty w sposób kompletny, pozbawiony sprzeczności i zrozumiały. Zarzucanie zamawiającemu na etapie odwołania, że nie przypisał samodzielnie pojazdów z funkcją kompaktującą, w sposób wskazany w odwołaniu, tj. zgodnie z numeracją poszczególnych części zamówienia, jest bezpodstawne. Zamawiający nie mógł arbitralnie przypisać pojazdów w sposób prezentowany przez odwołującego, albowiem naruszałoby to zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Poza tym pozostawałoby to w sprzeczności z zasadami oceny ofert w kryterium „Norma EURO 5 dla środków transportu”, w którym zamawiający jednoznacznie wskazał, że „w przypadku wskazania przez wykonawców tego samego pojazdu z funkcją kompaktującą w dwóch lub większej liczbie części zamówienia, zamawiający nie uwzględniał tego pojazdu przy przyznawaniu punktów w przedmiotowym kryterium w żadnej z tych części”. Już tylko z powyższego cytatu wynika, że zamawiający wymagał, ażeby wykonawcy składając oferty nie posługiwali się tymi samymi pojazdami z funkcją kompaktującą dla więcej niż jednej części zamówienia.

Tytułem zobrazowania mechanizmu przyznawania punktów w przedmiotowym kryterium należy wyjaśnić, że w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów w tym kryterium, wykonawca składający ofertę na cztery części zamówienia i jednocześnie zgłaszający wyłącznie pojazdy z funkcją kompaktującą, powinien był zgłosić 12 pojazdów. Wówczas zamawiający, badając ofertę, w której nie zostały przypisane pojazdy do poszczególnych części zamówienia, przyznałby takiemu wykonawcy maksymalną liczbę punktów w przedmiotowym kryterium. Z kolei wykonawca, zgłaszający dwa pojazdy bez funkcji kompaktującej, w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów w każdej części w danym kryterium, zobowiązany byłby do wykazania co najmniej 4 pojazdów z funkcją kompaktującą, bez jednoczesnego obowiązku przypisywania ich do poszczególnych części. Za pojazdy bez funkcji kompaktującej opisany wykonawca otrzymałby punkty w każdej części (po 10 za każdy pojazd) oraz za pojazdy z funkcją kompaktującą - po 10 punktów za jeden pojazd w każdej części. Tymczasem odwołujący zgłosił łącznie 5 pojazdów na 4 części zamówienia, nie przypisując jednocześnie żadnego z pojazdów do żadnej z części zamówienia.

Z dołączonych do oferty dokumentów (certyfikatów) nie wynika, jaką funkcję spełnia dany pojazd odwołującego (kompaktująca, bez funkcji kompaktującej). Dopiero ustalenia poczynione przez zamawiającego doprowadziły do weryfikacji funkcji pojazdów zgłoszonych w ofercie. Pracownicy zamawiającego pozyskali dokumentację zdjęciową wskazanych w ofercie pojazdów. Zamawiający w sposób nie budzący wątpliwości ustalił, że wszystkie

pojazdy wykazane w ofercie posiadają funkcję kompaktującą. Dowód: zdjęcia pojazdów wykazanych w ofercie odwołującego.

Powyższe, jednoznaczne ustalenia czyniły bezprzedmiotowym wystąpienie do odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienie w trybie art. 223 Pzp, czy zaoferowane przez odwołującego pojazdy posiadają funkcję kompaktującą, czy też nie. Uprawnienie zamawiającego do żądania od wykonawcy wyjaśnień nie może prowadzić do żadnych negocjacji z wykonawcą, którego treść oferty podlega wyjaśnieniu, a także dokonania jakiegokolwiek zmiany w treści złożonej oferty. Zwrócenie się do wykonawcy (odwołującego) o wyjaśnienie treści oferty, podczas gdy wątpliwości takich zamawiający nie posiadał, stanowiłoby niedopuszczalne negocjowanie treści złożonej oferty. Poza tym podkreślenia wymaga, że wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty. Uwypuklenia wymaga okoliczność, że zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także zasada przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom pomiędzy zamawiającym a wykonawcami dokonywanym po otwarciu ofert. Oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani wykonawcy.

W następnej kolejności należy zwrócić uwagę na oświadczenie odwołującego zawarte w ofercie, zgodnie z którym wykonawca dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym. Formularz oferty wyraźnie zobowiązuje do wskazania przez wykonawcę stanu posiadanych przez niego pojazdów w dniu składania oferty, a nie w przyszłości. Punkt 2 formularza oferty brzmi: „Oświadczamy, że dysponujemy:.....” Formularz oferty zawiera sformułowanie „dysponujemy”, a nie „będziemy dysponować”. Z powyższego wynika, czemu nie zaprzecza również odwołujący, że wykonawca w dacie składania oferty nie zgłosił pojazdów bez funkcji kompaktującej. Powoływanie się przez pełnomocnika odwołującego na możliwość przebudowania pojazdów niejako potwierdza, że w terminie składania ofert pojazdy te posiadały wyłącznie funkcję kompaktującą. W konsekwencji zamawiający nie mógł przyznać wykonawcy w tym kryterium punktów. Nawet późniejsze (po terminie składania ofert) dostosowanie pojazdów, którymi będzie posługiwał się wykonawca, uniemożliwia przyznanie wykonawcy punktów w tym kryterium. Ostatecznie zamawiający wyjaśnia, że załączone przez odwołującego do oferty dokumenty, potwierdzające spełnianie przez pojazdy normy emisji spalin na poziomie EURO 5, służą potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert oraz zostały złożone na potwierdzenie spełnienia kryteriów oceny ofert. W związku z powyższym należy zauważyć, że w ustawie Pzp wyłączona została możliwość wezwania wykonawcy w sytuacji, gdy środek dowodowy był wymagany przez zamawiającego na potwierdzenie zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Ustawa wyraźnie wyłączyła możliwość uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego służącego potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Zamawiający nie może

zatem przewidzieć procedury poprawy przedmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do tych spośród nich, które służą potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Takich środków nie można uzupełnić, oznaczałoby to bowiem uzupełnienie przedmiotu oferty. Postanowienie art. 107 ust. 3 uwzględnia dotychczasowy dorobek orzecznictwa KIO. Izba wielokrotnie wskazała, że nie jest możliwe uzupełnianie dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia kryteriów oceny ofert. W tym stanie rzeczy zamawiający nie miał możliwości przyznania odwołującemu punktów w kryterium „Norma EURO 5 dla środków transportu”.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca PreZero Service Wschód Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu wnosząc także o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W rozdz. VII pkt 4 SWZ Zamawiający określił warunki w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymagane od wykonawców, których nie wykazanie powodowało odrzucenie oferty danego wykonawcy. Pod lit. a) opisane zostały usługi, które wykonawca musi wykazać, aby spełnić warunek zdolności zawodowej, a pod lit. b) – co do zdolności technicznej – Zamawiający podał: *„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że: (...) b) dysponuje lub będzie dysponował podczas realizacji zamówienia wyposażeniem umożliwiającym realizację zamówienia, tj. odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w ilości co najmniej:”* Dla każdej części wskazał na wymagane pojazdy w podziale na pojazdy: z funkcją kompaktującą, bez funkcji kompaktującej oraz przystosowane do tzw. „trudnych dojazdów”. W uwadze zaznaczył: *„Wykonawca, który składa ofertę na więcej niż jedną część zamówienia, może posłużyć się tym samym potencjałem technicznym (wskazać te same pojazdy) dla dwóch lub większej liczby części zamówienia, za wyjątkiem pojazdów z funkcją kompaktującą. Wykonawca nie może posłużyć się tym samym pojazdem z funkcją kompaktującą dla więcej niż jedna część zamówienia”*.

Do Formularza oferty wykonawca Jarper (Odwołujący) załączył JEDZ. W części IV, sekcja A, B i C JEDZ nie została wypełniona. Sekcja C dotyczyła zdolności technicznej i zawodowej. W tym miejscu „Część IV: Kryteria kwalifikacji” podał: *„a: Ogólne oświadczenie dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji - W odniesieniu do kryteriów kwalifikacji wykonawca oświadcza, że Spełnia wszystkie wymagane kryteria kwalifikacji”* i zaznaczył

kwadracik TAK odnoszący się do stwierdzenia „Spełnia wymagane kryteria kwalifikacji”. JEDZ – jak podał w pkt 2 Formularza oferty - stanowią oświadczenie wykonawcy o którym mowa w rozdziale IX ust.1 SWZ m.in., że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Z kolei w rozdziale XVIII Zamawiający opisał kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. W punkcie 1.2) wskazał na kryterium: „Norma EURO 5 dla środków transportu [E- waga kryterium 30 % = 30 pkt”. W zakresie tego kryterium w punkcie 3 podał:

„Zasady oceny ofert w kryterium „Norma EURO 5 dla środków transportu” maksymalnie 30 pkt Wykonawcy zostaną przyznane punkty za wykazanie:

- 1) minimum 1 pojazdu przewidzianego do zbierania odpadów komunalnych spełniającego poziom emisji spalin minimum na poziomie standardu EURO 5 -10 punktów;
- 2) minimum 2 pojazdów przewidzianych do zbierania odpadów komunalnych spełniających poziom emisji spalin minimum na poziomie standardu EURO 5 - 20 punktów;
- 3) minimum 3 pojazdów przewidzianych do zbierania odpadów komunalnych spełniających poziom emisji spalin minimum na poziomie standardu EURO 5 - 30 punktów,

Uwaga: Wykonawca składa oświadczenie w przedmiocie dysponowania pojazdami spełniającymi poziom emisji spalin minimum na poziomie standardu EURO. Potwierdzenie emisji spalin minimum na poziomie standardu EURO 5 dla konkretnych pojazdów następuje na podstawie kopii dokumentu (certyfikatu) potwierdzającego ten standard (akceptowane są określone powszechnie stosowane świadectwa potwierdzające klasę emisji spalin),

Wykonawca zobowiązany jest do dołączenia do oferty kopii dokumentów (certyfikatów) potwierdzających emisję spalin minimum na poziomie standardu EURO 5 dla pojazdów przewidzianych do zbierania odpadów komunalnych.

Wykonawca może wskazać w celu uzyskania punktów w przedmiotowym kryterium te same pojazdy, które wykazał na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej.

Uwaga: Wykonawca, który składa ofertę na więcej niż jedną część zamówienia, może posłużyć się tym samym potencjałem technicznym (wskazać te same pojazdy) dla dwóch lub większej liczby części zamówienia, za wyjątkiem pojazdów z funkcją kompaktującą. Wykonawca, który składa ofertę na więcej niż jedną część zamówienia, nie może posłużyć się tym samym pojazdem/pojazdami z funkcją kompaktującą (wskazać tego/tych samego/-mych pojazdu/ów) dla dwóch lub większej liczby części zamówienia. W przypadku wskazania przez Wykonawcę tego samego pojazdu z funkcją kompaktującą w dwóch lub większej liczbie części zamówienia, Zamawiający nie uwzględni tego pojazdu przy przyznawaniu punktów w przedmiotowym kryterium w żadnej z tych części.”

Zamawiający zatem w kryterium „Norma EURO 5 dla środków transportu” wskazał w jaki sposób będzie dokonywał oceny pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO 5, które to pojazdy musiały także odpowiadać warunkom opisanym w SWZ, a mianowicie w rozdz. VII pkt 4 lit. b). Co prawda w Formularzu ofertowym wprost wymagał tylko podania liczby samochodów spełniających normę emisji spalin EURO 5, jednakże punktacja – jak wynikało z opisu i warunku z rozdz. VII pkt 4 lit. b) – mogła dotyczyć pojazdów z funkcją kompaktującą lub bez tej funkcji z wynikającymi dla tej punktacji konsekwencjami. Niewątpliwie źródłem informacji o oferowanych pojazdach był JEDZ i jego „Część IV: Kryteria kwalifikacji – pkt 9 sekcja C”. Jednakże informacje na które w odwołaniu powoływał się Odwołujący nie wynikały z JEDZ złożonego z Formularzem oferty w dniu 15.10.2021 r. Wynikały one z uzupełnienia JEDZ, a tak uzyskane informacje nie mogły stanowić podstawy do oceny według wskazanego kryterium. Wezwanie z dnia 19.10.21 zostało skierowane do wykonawcy na podstawie art. 128 ust.1 i 2 ustawy Pzp do złożenia uzupełnionego JEDZ, który to JEDZ stanowił oświadczenie wykonawcy o którym mowa w rozdziale IX ust.1 SWZ m.in., że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a nie w celu podania informacji dla oceny oferty w spornym kryterium. W uzupełnieniu wykonawca załączył JEDZ obejmujący pominięte sekcje A,B i C. W zakresie sekcji C w pkt 9 podał:

<p>*9)Będzie dysponował następującymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi na potrzeby realizacji zamówienia:</p>	<p>W4 JAREK- MERCEDES- BENZ ECONIC 2629LL - EURO V - pojazd przystosowany do odbioru odpadów z funkcją kompaktującą samochód do „trudnych dojazdów</p> <p>WPI 5GY3- SCANIA P280DB6X2*4HNA- EURO V - pojazd przystosowany do odbioru odpadów funkcją kompaktującą, samochód do „trudnych dojazdów”</p> <p>WPI 83885. SCANIA P280DB6X2*4HNA- EURO V pojazd przystosowany do odbioru odpadów funkcją kompaktującą samochód do „trudnych dojazdów”</p> <p>WPI 83268- SCANIA P310DB6X2*4HNA- EURO V pojazd przystosowany do odbioru odpadów bez funkcji kompaktującej, samochód do „trudnych dojazdów”</p> <p>WPI 83267- SCANIA P31 ODB6X2« 4HNA- EURO V - pojazd przystosowany do odbioru odpadów bez funkcji kompaktującej, samochód do „trudnych dojazdów”</p>
--	--

Tym samym, oferta dopiero po jej uzupełnieniu w zakresie wymaganym wezwaniem, mogła zostać poddana – jako nie podlegająca odrzuceniu - ocenie według kryteriów SWZ, ale tylko na podstawie informacji jakie wykonawca podał w formularzu oferty i jej załącznikach na dzień 15.10.2021 r. Dokonując oceny oferty Odwołującego w kryterium „Norma EURO 5 dla środków transportu”, Zamawiający zastosował się do ustalonej procedury oceny, w tym do zastrzeżenia, że „w przypadku wskazania przez wykonawców tego samego pojazdu z funkcją kompaktującą w dwóch lub większej liczbie części zamówienia, zamawiający nie

uwzględniał tego pojazdu przy przyznawaniu punktów w przedmiotowym kryterium w żadnej z tych części". Wykonawca w JEDZ złożonym wraz z ofertą oświadczył, że spełnia warunki i jednocześnie nie podał informacji, które pozwalałyby Zamawiającemu na inną ocenę, aniżeli zastosowana w decyzji z dnia 5.11.2021 r. Tak jak podał w decyzji oferta wykonawcy nie została odrzucona, jednakże w spornym kryterium uzyskała 0 punktów. Odwołujący zgłosił łącznie 5 pojazdów na 4 części zamówienia, nie przypisując jednocześnie żadnego z pojazdów do żadnej z części zamówienia i nie określając ich funkcjonalności. Z dołączonych do oferty dokumentów (certyfikatów) także nie wynika, jaką funkcję spełnia dany pojazd (kompaktująca, bez funkcji kompaktującej). Dopiero ustalenia Zamawiającego doprowadziły do weryfikacji funkcji pojazdów zgłoszonych w ofercie z którego wynika, że każdy z pięciu pojazdów posiadał (i aktualnie posiada) tylko funkcję kompaktującą. Zamawiający zatem nie miał możliwości przyznania punktów wykonawcy JARPER Sp. z o. o. w spornym kryterium. Izba stwierdza także, że SWZ – w zakresie kryterium - wymagała dysponowania pojazdami. Tylko w przypadku warunku z rozdziału VII.4 wykonawca mógł powołać się na dysponowanie lub, że będzie dysponował podczas realizacji zamówienia wyposażeniem umożliwiającym realizację zamówienia. Izba wskazuje na punkt 2 formularza oferty i zawarte w nim sformułowanie „dysponujemy”, a nie „będziemy dysponować”, które nie pozwala na inną interpretację, aniżeli wskazywana przez Zamawiającego i Przystępującego wykonawcę.

W podsumowaniu, Izba dodatkowo podnosi, że ustawa Pzp w jej art. 107 ust.3 – tak jak wskazywał Zamawiający – nie pozwala na uzupełnianie przedmiotowego środka dowodowego służącego potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Zamawiający zatem nie mógł stosować procedury wyjaśnień, które służyłyby potwierdzeniu czy ustalaniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Ponadto w tej sprawie Odwołujący potwierdził – także oświadczeniem Track Trading przedłożonym na rozprawie - że na dzień składania ofert nie dysponował dwoma pojazdami bez funkcji kompaktującej.

Wobec powyższych ustaleń Izba uznała, że nie podlega uwzględnieniu zarzut dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp oraz art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 Pzp, a także zarzut naruszenia art. 16 Pzp, w tym zwłaszcza – jak podnosił Odwołujący - wynikającej z pkt 3 tego przepisu zasady proporcjonalności z uwagi na to, że w stanie faktycznym tej sprawy i w związku z art. 107 ust.3 Pzp nie było możliwe przyporządkowanie przez Zamawiającego pojazdów do poszczególnych części zamówienia w sposób wymagany przez Odwołującego w celu uzyskania przez tego wykonawcę w kryterium „norma EURO 5” w każdej z części zamówienia maksymalnej liczby punktów.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437)

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....