

WYROK
z dnia 25 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **REMONDIS WARMIA-MAZURY Sp. z o.o.** z siedzibą w Olsztynie przy ul. Partyzantów 3 (10-522 Olsztyn) w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Szczytno** z siedzibą w Szczytnie przy ul. Sienkiewicza 1 (12-100 Szczytno),

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 30 listopada 2020 r. polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, wykluczenie wykonawcy D. R., B. K., J. B., S. G. oraz W. S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą PPHU EKO s.c. R. I WSPÓŁWŁAŚCIELE z siedzibą w Biskupcu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu bez udziału oferty ww. wykonawcy.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Miejską Szczytno** i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **REMONDIS WARMIA-MAZURY Sp. z o.o.** z siedzibą w Olsztynie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Miejskiej Szczytno** na rzecz wykonawcy **REMONDIS WARMIA-MAZURY Sp. z o.o.** z siedzibą w Olsztynie kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. *Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych* (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Miejska Szczytno zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Odbiór odpadów komunalnych z terenu miasta Szczytno*, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 września 2019 r., pod numerem 2020/S 188-454235.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca REMONDIS WARMIA-MAZURY Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, zwany dalej: „odwołującym” w dniu 10 grudnia 2020 r. wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy PPHU EKO s.c. R. i WSPÓŁWŁAŚCIELE, zwanego dalej: „wykonawcą” lub „PPHU EKO”;
- zaniechaniu wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, pomimo tego, że wykonawca przedstawił w swojej ofercie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;
- błędnej ocenie oferty wykonawcy i przyznaniu jej maksymalnej liczby punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „Aspekt środowiskowy”, w sytuacji gdy wykonawca nie wykazał, że posiada (i posiadał w terminie składania ofert) trzy samochody do odbioru odpadów komunalnych spełniających normy emisji spalin nie niższe niż EURO 6, co skutkowało powinno przyznaniem ofercie wykonawcy co najwyżej 10 punktów w ramach kryterium oceny ofert „Aspekt środowiskowy”.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 14 Pzp w zw. z art. 336 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r., poz. 1740 j.t. ze zm.), dalej jako „k.c.”, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, pomimo tego że wykonawca przedstawił w swojej ofercie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego w zakresie posiadania przez wykonawcę

samochodów do odbioru odpadów komunalnych, spełniających normy emisji spalin nie niższe niż EURO 6. Informacje wskazane przez wykonawcę mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

2) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie błędnej oceny oferty wykonawcy i przyznanie jej maksymalnej liczby punktów (30) w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „Aspekt środowiskowy”, w sytuacji gdy wykonawca nie wykazał, że posiada (i posiadał w terminie składania ofert) trzy samochody do odbioru odpadów komunalnych spełniających normy emisji spalin nie niższe niż EURO 6, co skutkowało powinno przyznaniem ofercie wykonawcy co najwyżej 10 punktów w ramach kryterium oceny ofert „Aspekt środowiskowy”.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp względnie (w przypadku uznania przez Izbę braku podstaw do wykluczenia PPHU EKO z postępowania) nakazanie ponownego przeliczenia punktów przyznanych wykonawcy w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „Aspekt środowiskowy” i przyznanie jej co najwyżej 10 punktów w ramach tego kryterium.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ jego została sklasyfikowana na drugiej pozycji tzw. listy rankingowej wykonawców, za ofertą PPHU EKO. W przypadku odrzucenia oferty PPHU EKO lub dokonania zmiany punktacji przyznanej ofercie wykonawcy poprzez jej obniżenie, to oferta odwołującego miałaby najwyższą liczbę punktów i zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza. W takim przypadku odwołujący mógłby wykonać zamówienie, czerpiąc z tego korzyści (w szczególności w postaci założonego zysku). W wyniku naruszenia przez zamawiającego przywołanych wyżej przepisów Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku.

Odwołujący wskazał, że skutkiem zaskarżonych czynności zamawiającego jest pozbawienie go możliwości uzyskania zamówienia, w sytuacji, gdy oferta PPHU EKO z całą pewnością nie mogła być uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego szczegółowa analiza oferty PPHU EKO i dołączonych do niej dokumentów, w tym w szczególności upoważnienia do użytkowania pojazdu wystawionego przez P.H.U. IMPEX P. B., prowadzi do wniosku, że wykonawca, oświadczając w treści formularza oferty, że posiada pojazd tj. śmieciarkę, Renault Master, rok produkcji 2018, nr

rejestracyjny: ZPL 6...6, wskazał informację nieprawdziwą, wprowadzającą Zamawiającego w błąd, o czym świadczą następujące fakty:

- z informacji uzyskanych przez odwołującego wynika, że wykonawca nie jest i nie był w terminie składania ofert w postępowaniu w posiadaniu pojazdu Renault Master nr VIN: VF1VB000X563...41, nr rejestracyjny: ZPL 6...6;
- wykonawca nie zawarł z panem P. B. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. IMPEX P. B. umowy dzierżawy, najmu, użyczenia bądź jakiegokolwiek innej umowy, na mocy której wykonawca PPHU EKO s.c. R. i WSPÓŁWŁAŚCICIELE objął w posiadanie wyżej wymieniony pojazd;
- zgodnie z informacjami posiadanymi przez odwołującego wykonawca nie włada fizycznie pojazdem Renault Master nr VIN: VF1VB000X563...41, nr rejestracyjny: ZPL 6...6.

W związku z tym wykonawca przekazał zamawiającemu informacje nieprawdziwe.

Dalej odwołujący stwierdził, że posiadanie jest przy tym kategorią faktu. Jak podkreśla się w doktrynie prawa cywilnego, „Potocznie posiadanie rozumie się jako władztwo nad rzeczą równoważne prawu własności. Z punktu widzenia prawnego pojęcie posiadania oznacza władztwo faktyczne nad rzeczą. Przepis art. 336 KC, definiując na gruncie prawa polskiego posiadanie, wskazuje, że "posiadaczem rzeczy jest zarówno ten, kto nią faktycznie włada jak właściciel (posiadacz samoistny), jak i ten, kto nią faktycznie włada, jak użytkownik, zastawnik, najemca, dzierżawca lub mający inne prawo, z którym łączy się określone władztwo nad cudzą rzeczą (posiadacz zależny)". Posiadanie jest zatem formą władania rzeczą i choć różne mogą być podstawy tego władania, to element faktyczny związku podmiotu prawa cywilnego z rzeczą staje się decydujący.” (zob. *E. Gniewek, P. Machnikowski (red.)*, Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 9, Warszawa 2019).

Posiadanie jest zatem ściśle związane z władztwem faktycznym nad rzeczą, co należy odróżnić od woli posiadania rzeczy, która jest kategorią odrębną. Bez elementu faktycznego władztwa nad rzeczą nie można mówić o posiadaniu rzeczy ani o byciu jej posiadaczem.

Podobnie należy definiować pojęcie „dyspozycji” i „bycia w dyspozycji”. Mieć daną rzecz „do dyspozycji” oznacza możliwość rozporządzania tą rzeczą. Odwołując się w tym miejscu do definicji zawartej w Wielkim słowniku języka polskiego, jeżeli ktoś lub coś jest w „dyspozycji” kogoś, to znaczy, że ktoś lub coś podlega wskazanej osobie, która może dowolnie dysponować daną osobą lub rzeczą.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego sprawy- zdaniem odwołującego - PPHU EKO nie włada faktycznie pojazdem Renault Master, nr VIN: VF1VB000X56...641, nr rejestracyjny: ZPL 6...6. Pojazd jest w dalszym ciągu w dyspozycji (we władztwie) jego właściciela pana P. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. IMPEX P. B. .

Skoro wykonawca nie włada wyżej wymienionym pojazdem, to nie jest jego posiadaczem. Nie był zatem uprawniony do złożenia zamawiającemu oświadczenia, że posiada samochód do odbioru odpadów komunalnych, spełniających normy emisji spalin nie niższe niż EURO 6, tj. pojazd Renault Master, rok produkcji: 2018, nr rejestracyjny: ZPL 6...6. Bezspornie zatem przekazał zamawiającemu w tym zakresie informacje nieprawdziwe.

Przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością stanowi więc główną przesłankę wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp. „Nieprawdziwość informacji” jest przy tym kategorią faktu, a nie prawa, jak w przedmiotowej sprawie. Informacja przedstawiona przez wykonawcę może być albo prawdziwa albo nieprawdziwa. Klasyfikując daną informację, nie sposób bowiem zaliczyć danej informacji jednocześnie do obu kategorii: informacja nie może być prawdziwa i nieprawdziwa jednocześnie.

W zaistniałym stanie faktycznym wykonawca obiektywnie nie włada fizycznie pojazdem Renault Master, nr rejestracyjny: ZPL 6...6, a zatem przekazał zamawiającemu nieprawdziwą informację co do tego, że posiada wyżej wymieniony pojazd.

Definiując pojęcie „informacji nieprawdziwej” należy także odwołać się do orzecznictwa sądowego. Sąd Najwyższy, w wyroku z 5 kwietnia 2002 r., definiował pojęcie „informacji prawdziwych” z uwzględnieniem znaczenia tego pojęcia zawartego w różnych aktach normatywnych, wskazując że: „Pojęcia "prawda", "prawdziwy", bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie "prawda" rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z "faktami" i "danymi"). Odpowiada to - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.”

Tym samym odwołujący stwierdził, że w zaistniałym stanie faktycznym mamy niewątpliwie do czynienia z informacjami nieprawdziwymi.

Zdaniem odwołującego, nie mogło budzić jakichkolwiek wątpliwości, że wyżej wymienione informacje należą do informacji mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, bowiem dotyczą informacji dotyczących pozacenowych kryteriów oceny

ofert, w oparciu o które zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej. Powyższe znajduje zresztą oparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

W ocenie odwołującego w zaistniałych okolicznościach sprawy, w których ilość pojazdów, w posiadaniu których pozostawał wykonawca, była jednym z kryteriów oceny ofert o bardzo dużej wadze (aż 30%) i de facto miała kluczowe znaczenie dla wyboru oferty najkorzystniejszej, działanie wykonawcy należy uznać za celowe (umyślne). Nie sposób bowiem inaczej wytłumaczyć zachowania wykonawcy, jak chęcią otrzymania dodatkowych punktów, pomimo braku ku temu podstaw. Na celowe działanie wykonawcy wskazuje zresztą sposób zredagowania upoważnień, które PPHU EKO złożył wraz z ofertą, które nie zawierają wszystkich istotnych informacji, co zostało omówione w dalszej części odwołania. Z całą pewnością zachowanie wykonawcy wypełnia znamiona „lekkomyślności”. Dla przypisania wykonawcy odpowiedzialności na podstawie rzeczzonego przepisu wystarczającym jest możliwość przypisania mu winy nieumyślnej, która zgodnie z nauką prawa cywilnego może przybrać formę lekkomyślności lub niedbalstwa. Działanie lub zaniechanie nieumyślne może być przypisane wykonawcy, który nie dochował należytej staranności. Z kolei zgodnie z definicją zawartą w art. 355 § 1 k.c. należyta staranność to staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju. Oznacza to, że dłużnik ma obowiązek zachowywać stosowną pilność, uwagę, ostrożność, zdrowy rozsądek oraz troskę o zrealizowanie swojego zamiaru. Staranność ta wyznacza zatem sposób, w jaki dłużnik powinien wykonać zobowiązanie. Przyjmując nawet najniższą kwalifikację czynu wykonawcy, zdaniem odwołującego, profesjonalny wykonawca, który składa ofertę w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego, z pewnością jest w stanie jednoznacznie stwierdzić, czy faktycznie włada danym pojazdem czy też nie. W tym zakresie składa przecież oświadczenie, które stanowi element jego oferty, a ponadto od treści tego oświadczenia zależy ocena jego oferty. Wykonawca, składając ofertę w postępowaniu, deklaruje m.in. poprzez wykazanie swojego potencjału, swojego doświadczenia, że jest podmiotem profesjonalnym, stąd też od takiego podmiotu wymaga się szczególnej staranności przy składaniu wszelkich oświadczeń w toku postępowania, zwłaszcza w zakresie dotyczącym pozacenowych kryteriów oceny ofert. W tym stanie rzeczy uznać należy, że spełnione zostały przesłanki wprowadzenia w błąd zamawiającego, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp, co prowadzi do konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania na wyżej wymienionej podstawie.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyklucza możliwość uzupełnienia dokumentów wymaganych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu

w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp i powoduje konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania w trybie art. 26 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie odwołującego, zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu uznać należy za zasadny.

W zakresie zarzutu podniesionego w pkt 2 *petitum* odwołania niezależnie od twierdzeń wskazanych powyżej i związanych z nimi zarzutami dotyczącymi podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, odwołujący zwrócił także uwagę, że zamawiający dokonał błędnej oceny oferty wykonawcy w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „Aspekt środowiskowy”, przyznając ofercie wykonawcy zbyt dużą liczbę punktów. Zdaniem odwołującego, brak było podstaw do przyznania ofercie wykonawcy maksymalnej liczby punktów w ramach tego kryterium. Jednym z dopuszczalnych pozacenowych kryteriów oceny ofert wskazanych wprost w ustawie są aspekty środowiskowe, co wynika wprost z treści art. 91 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący przypomniał, że oferty wykonawców miały otrzymać dodatkowe punkty w przypadku, gdy wykonawca posiada pojazdy do odbioru odpadów komunalnych spełniających normy emisji spalin nie niższe niż EURO 6. Odwołujący zwrócił także uwagę na wytyczne samego zamawiającego co do sposobu wykazania przez wykonawców, że rzeczywiście są oni w posiadaniu określonych pojazdów, w przypadku gdy pojazdy nie są ich własnością.

W tym celu zamawiający zamieścił w punkcie 3.3 formularza ofertowego następującą adnotację:

** W przypadku dysponowania należy dołączyć pisemne zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.*

Z wytycznych zamawiającego wynika więc jednoznacznie, że wykonawca, który chciałby otrzymać dodatkowe punkty w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „Aspekt środowiskowy”, powinien więc wykazać:

- 1) że jest w posiadaniu tego pojazdu;
- 2) że pojazd jest dedykowany do wykonywania przedmiotowego zamówienia;
- 3) że wykonawca może wykorzystywać pojazd do realizacji zamówienia przez cały okres wykonywania umowy, czyli co najmniej od 1 stycznia 2021 r. do 31 grudnia 2021 r.

Zdaniem odwołującego powyższych wymogów nie wypełniają dokumenty dołączone przez wykonawcę celem wykazania, że posiada pojazdy do odbioru odpadów komunalnych spełniających normy emisji spalin nie niższe niż EURO 6, czyli:

1) upoważnienie do użytkowania pojazdu nr rej. ZPL 6...6;

2) upoważnienie do użytkowania pojazdu nr rej. WZ 07...M;

a zatem zamawiający nie mógł uznać, że wykonawca wykazał, że posiada te pojazdy, a w konsekwencji nie mógł przyznać PPHU EKO maksymalnej liczby punktów w ramach tego kryterium.

Zwracając uwagę na treść upoważnienia wskazanego powyżej w pkt 1 odwołujący wskazał, że z jego treści nie w żaden sposób:

- nie wynika, że właściciel pojazdu upoważnił wykonawcę do korzystania z tego pojazdu na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. Właściciel nie zobowiązał się do umożliwienia wykonawcy korzystania z pojazdu na potrzeby tego konkretnego zamówienia. Dokument w żadnym momencie nie odwołuje się ani nie nawiązuje do zamówienia polegającego na odbiorze odpadów komunalnych z terenu miasta Szczytno. Tymczasem wykonawcy mieli wykazać, że posiadają pojazd przeznaczony do korzystania z niego przy wykonywaniu tego zamówienia;

- nie wynika, że upoważnienie do użytkowania pojazdu obejmuje cały okres realizacji zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę, że w treści upoważnienia została zawarta jedynie data końcowa, do kiedy wykonawca mógłby potencjalnie korzystać z pojazdu, tj. 31 stycznia 2022 r., ale nie ma daty początkowej, co jest kluczowe z punktu widzenia realności udostępnienia wykonawcy pojazdu.

W treści upoważnienia znajduje się odwołanie do „okresu trwania umowy wynajmu”, przy czym oświadczenie nie precyzuje, o jaką umowę chodzi, czy umowa ta została zawarta, z jaką datą, co potwierdzałoby, że wykonawca rzeczywiście posiada pojazd i może z niego korzystać przez cały okres realizacji zamówienia, czy od 1 stycznia 2021 r. do 31 grudnia 2021 r. Odwołujący przypomniał przy tym, że wykonawcy mieli dołączyć do oferty zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów „na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”. Odwołujący stanął przy tym na stanowisku, że jest to celowy zabieg wykonawcy, który do tej pory nie zawarł z właścicielem pojazdu umowy dzierżawy, najmu lub innej umowy, na mocy której objąłby w posiadanie pojazd;

Co więcej:

- dokument nie jest opatrzony żadną datą, co tym bardziej uniemożliwia uznanie, że wykonawca posiada pojazd i może nim dysponować przez cały okres realizacji umowy;

- w dokumencie mowa jest zarówno o użytkowaniu pojazdu, jak i o jego najmie, co powinno co najmniej wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do realności udostępnienia zasobów;

- z treści dokumentu nie sposób przy tym wyczytać, kto podpisał dokument i czy był umocowany do złożenia takiego oświadczenia;

- dokument nie został złożony w oryginale, a jest jedynie kopią dokumentu.

Oczywistym jest przy tym, że z treści SIWZ wynika, że zamawiający zamierzał premiować, poprzez przyznanie dodatkowych punktów, oferty tych wykonawców, którzy na dzień składania ofert byli realnie w posiadaniu pojazdów i że mogą z nich korzystać przez cały okres realizacji zamówienia i na jego potrzeby. To wynika zresztą z samej idei środowiskowego kryterium oceny ofert, gdzie dodatkowe punkty otrzymuje ten wykonawca, którzy nie tylko formalnie deklaruje świadczenie usługi w sposób bardziej przyjazny środowisku, ale także ma możliwość realnego tego czynienia w okresie realizacji umowy.

Tymczasem z oferty wykonawcy nie wynika, aby rzeczywiście dysponował on pojazdem o numerze rejestracyjnym: ZPL 6...6 i że będzie mógł go wykorzystywać na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia, przez cały okres jego realizacji.

Wobec powyższego – w opinii odwołującego – zamawiający nie był upoważniony do przyznania wykonawcy dodatkowych dziesięciu punktów za posiadanie tego pojazdu.

Podobnie zdaniem odwołującego należało ocenić, drugi dokument przedłożony przez wykonawcę wraz z ofertą, czyli upoważnienie do użytkowania nr 108508/W/20 wydane przez Europejski Fundusz Leasingowy S.A. z siedzibą we Wrocławiu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że z treści wyżej wymienionego dokumentu w żaden sposób:

- nie wynika, że właściciel pojazdu upoważnił wykonawcę do korzystania z tego pojazdu na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. Właściciel nie zobowiązał się do umożliwienia wykonawcy korzystania z pojazdu na potrzeby tego konkretnego zamówienia. Dokument w żadnym momencie nie odwołuje się ani nie nawiązuje do zamówienia polegającego na odbiorze odpadów komunalnych z terenu miasta Szczytno. Tymczasem wykonawcy mieli wykazać, że posiadają pojazd przeznaczony do korzystania z niego przy wykonywaniu tego zamówienia;

- nie wynika, że upoważnienie do użytkowania pojazdu obejmuje cały okres realizacji zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę, że w treści upoważnienia została zawarta jedynie data końcowa, do kiedy wykonawca mógłby potencjalnie korzystać z pojazdu tj. 11 maja 2025 r., ale nie ma daty początkowej, co jest kluczowe z punktu widzenia realności udostępnienia wykonawcy pojazdu. W treści upoważnienia znajduje się odwołanie do „okresu trwania umowy leasingu”, przy czym oświadczenie nie precyzuje, o jaką umowę chodzi, czy umowa ta została zawarta, z jaką datą, co potwierdzałoby, że wykonawca rzeczywiście posiada pojazd i może z niego korzystać przez cały okres realizacji zamówienia, czy od 1 stycznia 2021 r. do 31 grudnia 2021 r. Odwołujący przypomniał przy

tym, że wykonawcy mieli dołączyć do oferty zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów „na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”;

Co więcej:

- dokument nie jest opatrzony żadną datą, co tym bardziej uniemożliwia uznanie, że wykonawca posiada pojazd i może nim dysponować przez cały okres realizacji umowy;
- w dokumencie nie jest wskazany nawet numer rejestracyjny pojazdu, co uniemożliwia stwierdzenie, że dokument obejmuje umocowanie do użytkowania dokładnie tego pojazdu, który został wskazany w ofercie, czyli pojazdu o numerze rejestracyjnym WZ...AM;
- dokument nie został złożony w oryginale, a jest jedynie kopią dokumentu.

Oczywistym jest przy tym, że z treści SIWZ wynika, że zamawiający zamierzał premiować, poprzez przyznanie dodatkowych punktów, oferty tych wykonawców, którzy na dzień składania ofert byli realnie w posiadaniu pojazdów i że mogą z nich korzystać przez cały okres realizacji zamówienia i na jego potrzeby. To wynika zresztą z samej idei środowiskowego kryterium oceny ofert, gdzie dodatkowe punkty otrzymuje ten wykonawca, który nie tylko formalnie deklaruje świadczenie usługi w sposób bardziej przyjazny środowisku, ale także ma możliwość realnego tego czynienia w okresie realizacji umowy.

Tymczasem z oferty wykonawcy nie wynika, aby rzeczywiście dysponował on pojazdem o numerze rejestracyjnym: WZ...AM i że będzie mógł go wykorzystywać na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia, przez cały okres jego realizacji.

Wobec powyższego z – w opinii odwołującego – zamawiający nie był upoważniony do przyznania wykonawcy dodatkowych dziesięciu punktów za posiadanie tego pojazdu.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że wykonawca nie mógł otrzymać dodatkowych punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „Aspekt środowiskowy” w odniesieniu do obu wyżej wymienionych pojazdów również z uwagi na fakt, że dokumenty (upoważnienia), które wykonawca przedłożył wraz z ofertą w celu wykazania, że wykonawca posiada pojazdy do odbioru odpadów komunalnych spełniających normy emisji spalin nie niższe niż EURO 6, czyli Upoważnienie do użytkowania pojazdu nr rej. WZ...AM i Upoważnienie do użytkowania pojazdu nr rej. ZPL6...6, zostały złożone w nieprawidłowej formie.

Zgodnie z treścią SIWZ dokumenty te powinny być złożone w formie pisemnej, czyli w oryginale, o czym świadczy cytowany już wcześniej zapis formularza ofertowego:

„ W przypadku dysponowania należy dołączyć pisemne zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.”*

Zarówno dokument – Upoważnienie do użytkowania pojazdu nr rej. WZ...AM, jak i Upoważnienie do użytkowania pojazdu nr rej. ZPL6...6 nie spełniają wymogu postawionego przez zamawiającego, czyli przedstawienia „pisemnego zobowiązania”. Są to wyłącznie kopie dokumentów, które wykonawca poświadczył za zgodność z oryginałem, co jednak nie spełnia wymogów stawianych przez zamawiającego. W dodatku wykonawca nie był umocowany do dokonania takiej czynności.

W ocenie odwołującego, w związku z tym że postępowanie toczy się w formie elektronicznej, chcąc przedłożyć zobowiązania podmiotów trzecich w formie zgodnej z zapisami SIWZ i otrzymać dodatkowe punkty, wykonawca musiał przedłożyć dokumenty, które zostałyby podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym bezpośrednio przez osobę umocowaną do złożenia takiego oświadczenia. Analogicznie, jak to ma miejsce w przypadku wadium i składanych gwarancji wadialnych.

W tym przypadku należy bowiem zastosować przepis §14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z którym: *dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem.*

Z kolei zgodnie z §14 ust. 3 wyżej wymienionego rozporządzenia: Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów lub oświadczeń, które każdego z nich dotyczą. W tym przypadku ewentualnego poświadczenia dokumentu mógłby dokonać jedynie jego wystawca.

W związku z tym, że wykonawca obowiązany był do złożenia oryginałów dokumentów – pisemnych zobowiązań, to złożenie kopii tych dokumentów nie odpowiada wymogom SIWZ, a zatem uniemożliwia ich ocenę w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „Aspekt środowiskowy”. Zamawiający nie mógł przyznać dodatkowych punktów wykonawcy, który przedłożył jedynie kopie tych dokumentów, na co wskazują postanowienia SIWZ. Wykonawca nie był podmiotem upoważnionym do poświadczenia kopii tych dokumentów za zgodność z oryginałem, co oznacza, że dokumenty zostały złożone w niewłaściwej formie.

Wobec powyższego, zdaniem odwołującego, potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił

wykonawca D. R., B. K., J. B., S. G. oraz W. S. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą PPHU EKO s.c. R. I WSPÓŁWŁAŚCIELE z siedzibą w Biskupcu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), do *postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.* Zgodnie z ww. przepisem, do niniejszego postępowania odwoławczego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.). Postępowanie odwoławcze zostało bowiem wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 10 grudnia 2020 r., a więc przed 1 stycznia 2021 r.

Izba uznała, że odwołujący spełnił określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Skład orzekający stwierdził, że zgłoszone przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie spełniało wymogów wynikających z art. 185 ust. 2 Pzp. W związku z tym Izba nie dopuściła jako uczestnika postępowania odwoławczego wykonawcę D. R., B. K., J. B., S. G. oraz W. S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą PPHU EKO s.c. R. I WSPÓŁWŁAŚCIELE z siedzibą w Biskupcu (zwanego dalej nadal: „wykonawcą” lub „PPHU EKO”).

Jak wynika z zebranej w sprawie dokumentacji wykonawca otrzymał informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią w dniu 11 grudnia 2020 r. W związku z tym termin na skuteczne zgłoszenie przystąpienia upłynął w dniu 14 grudnia 2020 r. Wykonawca przesłał zgłoszone przystąpienie w postaci papierowej, przez operatora pocztowego. Przesyłkę zawierającą

zgłoszone przystąpienie wykonawca nadał w dniu 14 grudnia 2020 r., a została doręczona Prezesowi Izby w dniu 16 grudnia 2020 r. tj. po upływie 3 dni od otrzymania kopii odwołania. Zgodnie z treścią art. 185 ust. 2 Pzp – *Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Określony w art. 185 ust. 2 termin na zgłoszenie przystąpienia jest terminem zwitym, podobnie jak w przypadku terminu do wniesienia odwołania. Podkreślenia wymaga, że dla skuteczności przystąpienia nie jest wystarczające nadanie pisma w trzydniowym terminie, a jego doręczenie Prezesowi Izby, co wyraźnie wynika z art. 185 ust. 2 zd. 2 Pzp (zob. wyrok z 20 września 2016 r. o sygn. akt KIO 1659/16).

W związku z powyższym Izba uznała zgłoszone przystąpienie za nieskuteczne.

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:

- 1) dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej, zapisanej na nośniku typu pendrive, przesłanej do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 21 grudnia 2020 r., w tym w szczególności z treści:
 - specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) wraz z załącznikami;
 - oferty wykonawcy PPHU EKO wraz załącznikami;
 - informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 27 listopada 2020 r., której treść została opublikowana na stronie internetowej zamawiającego oraz przesłana wykonawcom składającym oferty w postępowaniu w dniu 30 listopada 2020 r.;
- 2) złożonych na posiedzeniu przez odwołującego:
 - oświadczenia pana P. R. z dnia 20 stycznia 2021 r.;
 - zapytania z dnia 8 grudnia 2020 r. skierowanego do pana P. B. w sprawie pojazdu;
 - odpowiedzi pana Ł. B. z dnia 14 grudnia 2020 r. na ww. zapytanie;
- 3) złożonych na posiedzeniu przez zamawiającego w postaci elektronicznej zapisanej na płycie CD:
 - pisma z dnia 14 stycznia 2021 r. skierowanego do PPHU EKO
 - pisma PPHU EKO z dnia 19 stycznia 2021 r. wraz z plikiem dotyczącym podpisu;
 - potwierdzeń weryfikacji podpisów pod pismem i załącznikami;
 - umowy z dnia 14 grudnia 2020 r. zawartej pomiędzy PPHU EKO a PHU Impex.

Izba oddaliła podnoszony przez odwołującego wniosek dowodowy z zeznań świadka pana P. B. .

Na wstępie należy wskazać, że zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 k.c. w zw. z art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W postępowaniu odwoławczym przed Izbą dowód z zeznań świadków może mieć oczywiście swoją wartość, niemniej mając na uwadze zasadę pisemności prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, ekonomikę postępowania odwoławczego oraz okoliczność, że dowodzone fakty w zdecydowanej większości przypadków znajdują swoje odzwierciedlenie lub potwierdzenie w dokumentach to należy wskazać, że strona lub uczestnik powinny koncentrować się przy zbieraniu materiału dowodowego na tym, aby wykazywać swoje twierdzenia za pomocą dowodów mających formę pisemną. Dopuszczenie dowodów z zeznań świadków dotyczy raczej okoliczności, które powstają z niedających się wyjaśnić rozbieżności wynikających z przedłożonych dokumentów lub których nie da się wywnioskować lub ustalić w inny sposób. W ocenie Izby takie okoliczności nie miały miejsca w przypadku wniosku odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka.

W związku z tym Izba mając na uwadze treść art. 190 ust. 6 Pzp uznała, że dopuszczenie i przeprowadzenie ww. wniosku dowodowego doprowadzi jedynie do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła co następuje

W rozdziale XIV SIWZ zamawiający opisał kryteria, którymi miał się kierować przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. I tak, kryteriami oceny ofert w postępowaniu były:

Lp.	Kryterium	Waga	Uwagi
1.	Cena ofertowa	60%	Najkorzystniejsza oferta – 60 pkt
2.	Aspekt środowiskowy, norma emisji spalin	30%	Brak samochodu – 0 pkt 1 samochód – 10 pkt 2 samochody – 20 pkt 3 samochody – 30 pk
3.	Warunki płatności faktury	10%	20 dni – 0 pkt 21-29 dni – 5 pkt 30 dni – 10 pkt

W pkt 2 ust. 1 ww. rozdziału zamawiający opisał sposób przyznawania punktów w ramach kryterium Aspekt środowiskowy:

2) *Kryterium 2 - Aspekt środowiskowy. Zamawiający określi wartość punktową ofert w następujący sposób:*

- a) posiadanie 1 samochodu do odbioru odpadów komunalnych spełniających normy emisji spalin nie niższej niż EURO 6 – 10 pkt
- b) posiadanie 2 samochodów do odbioru odpadów komunalnych spełniających normy emisji spalin nie niższej niż EURO 6 – 20 pkt
- c) posiadanie 3 samochodów lub więcej do odbioru odpadów komunalnych spełniających normy emisji spalin nie niższej niż EURO 6 – 30 pkt
- d) brak samochodów do odbioru odpadów komunalnych spełniających normy emisji spalin nie niższej niż EURO 6 – 0 pkt.

Do powyższego kryterium odnosił się pkt 3.3. wzoru formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ o treści:

3.3 Aspekt środowiskowy. Oświadczam(y), że posiadamy ____ samochód(y) do odbioru odpadów komunalnych spełniających normy emisji spalin nie niższej niż EURO 6.

Lp.	Wyszczególniony sprzęt (typ pojazdu, marka, rok produkcji, numer rejestracyjny pojazdu)	Ilość sztuk	Podstawa do dysponowania (należy określić prawo do dysponowania: własność, będący w dyspozycji)	Emisja spalin (należy wskazać normę emisji spalin np. EURO5)

**W przypadku dysponowania należy dołączyć pisemne zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.*

Uwaga! W przypadku niewypełnienia opcji powyżej, Zamawiający uzna, że Wykonawca nie dysponuje sprzętem określony w SIWZ. Wykonawca otrzyma 0 pkt w kryterium „Aspekt środowiskowy.”

W terminie wyznaczonym na składanie ofert swoje oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. odwołujący i wykonawca PPHU EKO. W swoich ofertach, zarówno odwołujący, jak i wykonawca oświadczyli, że posiadają 3 pojazdy do odbioru odpadów komunalnych spełniających normy emisji spalin nie niższe niż EURO 6. Zamawiający przyznał każdemu wykonawcy po 30 punktów w ramach środowiskowego kryterium oceny ofert.

W pkt 3.3 swojej oferty (formularza ofertowego) wykonawca PPHU EKO oświadczył następująco:

Oświadczam(y), że posiadamy _3_ samochód(y) do odbioru odpadów komunalnych spełniających normy emisji spalin nie niższej niż EURO 6. I wskazał następujące pojazdy:

Lp.	Wyszczególniony sprzęt (typ pojazdu, marka, rok produkcji, numer rejestracyjny pojazdu)	Ilość sztuk	Podstawa do dysponowania (należy określić prawo do dysponowania: własność, będący w dyspozycji)	Emisja spalin (należy wskazać normę emisji spalin np. EURO5)
1	ŚMIECIARKA, MERCEDES-BENZ, ECONIC, 2014, WZ...A	1	BĘDĄCY W DYSPOZYCJI	EURO 6
2.	ŚMIECIARKA, MERCEDES-BENZ, ECONIC, 2014, NOL...1A	1	WŁASNOŚĆ	EURO 6
3	ŚMIECIARKA, RENAULT MASTER, 2018, ZPL6...6	1	BĘDĄCY W DYSPOZYCJI	EURO 6

W dniu 30 listopada 2020 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Z najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy PPHU EKO.

Na rozprawie zamawiający wyjaśnił, że w związku z okolicznościami podniesionymi w odwołaniu, zwrócił się do wykonawcy PPHU EKO o złożenie wyjaśnień. Ponadto wskazał, że w odpowiedzi na swój wniosek uzyskał od wykonawcy wyjaśnienia z dnia 19 stycznia 2021 r. do których załączono m. in. umowę z dnia 14 grudnia 2020 r. zawartą pomiędzy PPHU EKO a PHU Impex. Powyższe dokumenty złożył jako dowody w sprawie.

W wyjaśnieniach z 19 stycznia 2021 r. wykonawca PPHU EKO wskazał, że:
PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele z siedzibą w Biskupcu uprzejmie informuje, że na dzień składania ofert byliśmy w posiadaniu pojazdu Renault Master nr VIN: VF1VB000X5...2641 nr rejestracyjny: ZPL6...6 na podstawie umowy ustnej zawartej z P.H.U. IMPEX P. B. w dniu 23.10.2020r. na dowód czego przedstawiliśmy wymagane w ofercie upoważnienie do użytkowania w/w pojazdu. Jednocześnie informujemy, że umowa w formie pisemnej została zawarta w dniu 14.12.2020r.

Z załączonej do ww. wyjaśnień umowy najmu z dnia 14 grudnia 2021 r. wynikało m. in., że:

- przedmiotem tej umowy był samochód ciężarowy o numerze rejestracyjnym: ZPL6...6, numerze VIN: VF1VB000X56...641 (§ 1 ust. 1 umowy);
- przekazanie – odbiór pojazdu nastąpi po przekazaniu przez najemcę lub osobę upoważnioną do odbioru pojazdu kopii podpisanej umowy najmu, a wydanie przedmiotu najmu nastąpi 30 grudnia 2020 r. pod warunkiem terminowej opłaty kaucji.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia*

warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

- art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp – Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

- art. 7 ust. 1 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;

- art. 14 Pzp – 1. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

2. Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy;

- art. 336 k.c. – Posiadaczem rzeczy jest zarówno ten, kto nią faktycznie włada jak właściciel (posiadacz samoistny), jak i ten, kto nią faktycznie włada jak użytkownik, zastawnik, najemca, dzierżawca lub mający inne prawo, z którym łączy się określone władztwo nad cudzą rzeczą (posiadacz zależny);

- art. 91 ust. 1 Pzp – Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

- art. 91 ust. 2 pkt 3 Pzp – Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

(...)

3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W przypadku pierwszej grupy zarzutów, określonej w pkt 1 *petitum* odwołania, skład orzekający wziął po uwagę dwie kwestie. Po pierwsze, zgodnie z postanowieniami SIWZ dotyczącymi kryterium *Aspekt środowiskowy, norma emisji spalań*, wykonawcy powinni posiadać pojazdy wskazywane w ramach tego kryterium już na etapie składania oferty. Stwierdzenie to wynikało z cytowanych powyżej fragmentów SIWZ tj. rozdziału XIV ust. 1 pkt

2, w którego treści zamawiający wskazywał na posiadanie określonej liczby pojazdów oraz pkt 3.3 formularza ofertowego zawierającego oświadczenie o posiadaniu określonej liczby pojazdów. Wykonawca PPHU EKO składając ofertę wypełnił pkt 3.3 formularza ofertowego przez złożenie oświadczenia o posiadaniu trzech pojazdów, których dane identyfikujące uszczegółowił przez wypełnienie zawartej tam tabeli. Za słuszną Izba uznała także argumentację odwołującego, który przedstawił istotę stosunku posiadania przez wskazanie, że jest ono ściśle związane z władztwem faktycznym nad rzeczą, co należy odróżnić od woli posiadania rzeczy, która jest kategorią odrębną. Bez elementu faktycznego władztwa nad rzeczą nie można mówić o posiadaniu rzeczy ani o byciu jej posiadaczem. Posiadanie jest zatem formą władania rzeczą i choć różne mogą być podstawy tego władania, to element faktyczny związku podmiotu prawa cywilnego z rzeczą staje się decydujący.

Po drugie Izba wzięła pod uwagę zebraną dokumentację i doszła do przekonania, że co prawda dowody złożone przez odwołującego na rozprawie nie udowodniły podnoszonej okoliczności, gdyż nie potwierdzały, iż wykonawca PPHU EKO nie posiadał jednego z pojazdów w momencie składania oferty, a co najwyżej powodowały wątpliwości w tej materii, to wątpliwości te w ocenie składu orzekającego znalazły potwierdzenie w dowodzie złożonym na rozprawie przez zamawiającego. Otóż jak wskazano powyżej w części dotyczącej ustaleń, zamawiający zwrócił się do wykonawcy PPHU EKO z wnioskiem o wyjaśnienie, dotyczącym spełnienia tego kryterium w związku z zarzutem podniesionym przez odwołującego. Zamawiający w odpowiedzi przekazał wyjaśnienie i załączył umowę z dnia 14 grudnia 2020 r., zawartą pomiędzy nim na wynajmującym pojazd. Co prawda wykonawca wyjaśnił, że był w posiadaniu kwestionowanego pojazdu na podstawie umowy ustnej zawartej z P.H.U. IMPEX P. B. w dniu 23 października 2020 r., czego potwierdzeniem miało być załączone wraz z ofertą upoważnienie, ale Izba uznała przedmiotowe wyjaśnienia za niewiarygodne.

Skład orzekający zwrócił uwagę na postanowienia załączonej do wyjaśnień wykonawcy PPHU EKO umowy, która według argumentacji tego wykonawcy miała *de facto* być kontynuacją ustnej umowy najmu pojazdu, na podstawie której pojazd miał zostać przekazany jeszcze przed złożeniem oferty. Jednakże w treści tej umowy nie można było doszukać się żadnych informacji, które mogłyby uprawdopodobnić powyższą okoliczność. Było wprost przeciwnie, ponieważ zgodnie z tą umową wydanie przedmiotu najmu (czyli pojazdu wskazanego na spełnienie kryterium) miało nastąpić w dniu 30 grudnia 2020 r., czyli znacznie po złożeniu oferty przez wykonawcę EKO. Wśród załączników wymienionych w treści oferty wymieniony został protokół przekazania-odbioru, który nie został złożony przez co nie można było stwierdzić kiedy ostatecznie pojazd został wydany. Biorąc pod uwagę

treść umowy mogło to jednak nastąpić dopiero w dniu 30 grudnia 2020 r., czyli dwa miesiące po upływie terminu składania ofert, który upłynął 30 października 2020 r.

Izba nie kwestionuje możliwości zawarcia umowy ustnej pomiędzy przedsiębiorcami w związku z prowadzeniem przez nich działalności gospodarczej. Jednakże postępowanie przetargowe jest w swojej istocie postępowaniem sformalizowanym, a formalizm ten nie jest cechą samą w sobie, ale stanowi reminiscencję zasad udzielania zamówień. Tym samym wykonawcy powinni wykazywać przez zamawiającym wymagane przez niego kwestie za pomocą dokumentów mających postać pisemną lub elektroniczną.

Ponadto skład orzekający uznał, że załączone do oferty przez wykonawcę PPHU EKO upoważnienie nie potwierdzało faktu posiadania przez tego wykonawcę pojazdu, którego dotyczył zarzut, na moment składania oferty. Przedmiotowy dokument upoważniał wykonawcę do użytkowania sprzętu (pojazdu wymienionego na poczet kryterium), które miało być ważne w okresie trwania umowy wynajmu tj. do dnia 31 stycznia 2022 r. Upoważnienie co prawda określało pojazd, odnosiło się do jego użytkowania oraz wyznaczało końcową jego datę, jednakże nie określało najistotniejszej kwestii tj. momentu lub okoliczności wydania lub przekazania pojazdu wykonawcy PPHU EKO. W związku z tym jedynym dokumentem odnoszącym się do terminu przekazania lub wydania pojazdu, była umowa z dnia 14 grudnia 2020 r., która stanowiła, że wydanie pojazdu wykonawcy PPHU EKO miało nastąpić dopiero 30 grudnia 2020 r.

Ustawodawca w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wskazał, iż wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, gdy spełnione są następujące przesłanki: po pierwsze zostanie wykazane, iż wykonawca przekazał w toku postępowania przetargowego informacje wprowadzające zamawiającego w błąd; po drugie działanie takie było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy; po trzecie takie działanie winno mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podstawa wykluczenia określona w tym przepisie może być zastosowana wtedy, gdy działanie wykonawcy cechuje wina nieumyślna. Należy brać pod uwagę obydwie postaci winy nieumyślnej, czyli niedbalstwo i lekkomyślność. Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie.

Przy wykazaniu wykonawcy niedbalstwa czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji należy mieć na uwadze art. 355 § 1 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie

niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Podkreślić należy, że pojęcie należytej staranności implikuje element działania, podejmowania pewnych czynności, jakich można się spodziewać od uczestnika obrotu profesjonalnego.

Przenosząc powyższe rozważania na analizowany stan faktyczny wskazać należy, iż spełnione zostały przesłanki wynikające z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wobec wykonawcy PPHU EKO.

Co do przekazania przez wykonawcę PPHU EKO informacji wprowadzających zamawiającego w błąd Izba szeroko wypowiedziała się w tej kwestii powyżej. W konkluzji, dla potwierdzenia się tej przesłanki należy stwierdzić, że wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd co do posiadania na moment składania oferty jednego z pojazdów, wykazywanego na okoliczność uzyskania punktów w ramach kryterium pozacenowego. Jeśli chodzi o drugą przesłankę to także co do meritum została ona wykazana powyżej. W związku z tym należy uznać, że działanie wykonawcy w tym zakresie wynikało co najmniej z niedbalstwa, ponieważ powinien on wiedzieć jakie pojazdy posiadał na moment składania oferty. Nie można było mieć wątpliwości, że powyżej opisane działanie wykonawcy miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ponieważ dotyczyło kryterium oceny ofert. W wyniku wprowadzenia zamawiającego w błąd wykonawca otrzymał co najmniej 10 pkt w rankingu ofert, przez co jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Tym samym także trzecia przesłanka ww. przepisu została spełniona.

Potwierdzenie ziszczenia się wszystkich przesłanek wchodzących w skład art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp skutkowało potwierdzeniem przedmiotowego zarzutu oraz uwzględnieniem odwołania. Ponadto w związku ze stwierdzonym naruszeniem, zamawiający naruszył także zasady określone w art. 7 ust. 1 Pzp.

Jeśli chodzi o zarzut wskazany w pkt 2 *petitum* odwołania Izba uznała, że w związku z uwzględnieniem zarzutu określonego w punkcie poprzednim tj. zarzutu dalej idącego, gdyż skutkującego wykluczeniem wykonawcy z postępowania, rozstrzygnięcie w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe. Oferta wykluczonego wykonawcy nie jest brana pod uwagę podczas oceny ofert, zatem rozstrzygnięcie w zakresie punktacji jaką taka oferta powinna otrzymać nie miałyby żadnego znaczenia.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczonego przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15 000,00 zł) oraz wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł – na podstawie faktury złożonej przez odwołującego na rozprawie).

Przewodniczący: