

**WYROK**  
**z dnia 3 lipca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2017 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Szczecinku Sp. z o.o., ul. Cieślaka 6A, 78-400 Szczecinek**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Barwice, ul. Zwycięzców 22, 78-460 Barwice**

przy udziale wykonawcy: **A.M.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **A.M. F.H.U. „ARAN”, ul. Reymonta 1/2, 78-320 Połczyn Zdrój** zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

**2.** kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Szczecinku Sp. z o.o., ul. Cieślaka 6A, 78-400 Szczecinek**, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Koszalinie**.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Barwice prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dowóz uczniów do placówek oświatowych na terenie Gminy Barwice” – numer referencyjny: IOŚ.271.3.2017, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 18 maja 2017 r. pod numerem 511549-N-2017.

Odwołujący - Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Szczecinku Sp. z o.o. - wniósł na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp odwołanie dotyczące Części I zamówienia, od niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego polegającej na:

- 1) wyborze oferty F.H.U. „ARAN” A.M. (zwanego dalej także „Aran”), pomimo że Aran przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, a zatem Aran winien zostać wykluczony z postępowania, a oferta odrzucona;
- 2) zaniechaniu przez Zamawiającego wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wskazał okoliczności potwierdzające zachowanie terminu do wniesienia odwołania oraz interes we wniesieniu odwołania z możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, ponieważ jego oferta, gdyby Zamawiający odrzucił ofertę Aran, musiałaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. wykluczenia z postępowania Aran jako Wykonawcy, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, a tym samym nakazanie odrzucenia oferty Aran;
2. dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, którą zgodnie z warunkami SIWZ oraz przepisami ustawy Pzp, jest oferta Odwołującego.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy Pzp:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 przez zaniechanie wykluczenia Aran jako Wykonawcy, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;

2. art. 89 ust. 1 pkt 5 przez zaniechanie odrzucenia oferty Aran jako Wykonawcy, który winien zostać wykluczony z postępowania;
3. art. 7 ust. 1 przez uznanie jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Wykonawcę, który powinien zostać wykluczony, a co za tym idzie którego oferta winna zostać odrzucona.

Uzasadnienie odwołania:

Zamówienie zostało podzielone na dwie części: Część I „Dowóz uczniów do placówek oświatowych na terenie gminy Barwice”; Część II „Dowóz uczniów do Specjalnego Ośrodka Szkolno-Wychowawczego w Szczecinku”.

Odwołanie dotyczy rozstrzygnięcia postępowania w zakresie Części I.

Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający kierował się poniższymi kryteriami (Rozdział 14 SIWZ):

1. Cena oferty brutto - waga 60%.
2. Doświadczenie zawodowe osób wyznaczonych do realizacji zamówienia - waga 20%.

Punkty w tym kryterium, zgodnie z postanowieniami SIWZ, zostaną przyznane w następujący sposób: oferta otrzyma maksymalną liczbę punktów, tj. 20, w przypadku, gdy wszyscy kierowcy skierowani do realizacji zamówienia posiadają doświadczenie zawodowe na stanowisku kierowcy autobusu równy lub powyżej 10 lat. W przypadku wskazania mniejszej liczby kierowców z wymaganym 10-letnim stażem pracy na stanowisku kierowcy autobusu, punkty zostaną przyznane zgodnie z poniższą tabelą:

Liczba kierowców wyznaczonych do realizacji zamówienia posiadających staż pracy na wymaganym stanowisku kierowcy autobusu równy lub powyżej 10 lat (od 9 do 0) / Liczba przyznanych punktów (od 20 do 0 punktów): 9-20; 8-18; 7-16; 6-14; 5-12; 4-10; 3-8; 2-6; 1-4; 0-0.

3. Aspekty środowiskowe - waga 20%.

Opis oceny ofert w kryterium Aspekty środowiskowe.

Poszczególnym ofertom, zgodnie z postanowieniami SIWZ, zostaną przyznane punkty za dysponowanie na rzecz realizacji zamówienia przez Wykonawcę pojazdami przystosowanymi do przewozu osób, które spełniają normę emisji spalin na poziomie co najmniej EURO 5. Wskazanie ilości pojazdów, które spełniają normy co najmniej EURO 5 nastąpi w formularzu ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 10 do SIWZ.

Minimalna liczba pojazdów, jaka będzie brana pod uwagę przy ocenie ofert to 9, a maksymalna ilość punktów, jaką może uzyskać dana oferta w tym kryterium to 20 punktów. Punkty zostaną obliczone według następującego wzoru:

$A = \text{Liczba pojazdów, które spełniają normę emisji spalin EURO 5 badanej oferty} / 9 \times 20.$

Za najkorzystniejszą w Części I postępowania uznano ofertę złożoną przez A.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: F.H.U. „ARAN” A.M. (zwany dalej także „Aran”). Drugą w kolejności była oferta Odwołującego.

Aran w swojej ofercie wskazał, że przy wykonywaniu zamówienia zatrudni 9 (słownie: dziewięciu) kierowców z co najmniej 10-letnim stażem oraz wykorzysta co najmniej 6 (słownie: sześć pojazdów), które spełniają normę emisji spalin na poziomie co najmniej EURO 5 (strona 1 oferty Aran - kopia oferty w załączeniu).

Dodatkowo, zgodnie z wymogami Zamawiającego, Aran oświadczył, że, cyt.: *„Oświadczam, że wszystkie informacje podane w powyższych oświadczeniach są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji.”*

W dniu 30 maja 2017 r. Zamawiający, pismem z dnia 29 maja 2017 r. (kopia w załączeniu), wezwał Aran m.in. do złożenia *„wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ”* - punkt 3 wezwania Zamawiającego z dnia 29 maja 2017 r.

W odpowiedzi na wezwanie, Aran w dniu 1 czerwca 2017 r. złożył m.in. *„Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia”* z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ (kopia Wykazu w załączeniu) - zwany dalej „Wykazem”. W punkcie 2 Wykazu Aran wskazał pojazd marki IRISBUS ILIADE numer rejestracyjny ZS817EG, rok produkcji 2006, norma emisji spalin EURO 5.

Zgodnie z postanowieniami Rozporządzenia (WE) Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej Numer 2007/715/EC norma emisji spalin EURO 5 obowiązuje dopiero od września 2009 r.

W 2006 r. pojazdy marki IRISBUS ILIADE wyposażone były w silniki spełniające normę emisji spalin EURO 3 lub EURO 4. Producent nie przewidywał w tym okresie (2006 r.) wyposażenia tych pojazdów w silniki spełniające normę emisji spalin EURO 5.

Nie licząc pojazdu marki IRISBUS ILIADE, w Wykazie znajduje się tylko pięć pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO 5, a tymczasem Aran w swej ofercie wskazał, że dysponuje sześcioma takimi pojazdami, co bezpośrednio przekładało się na punktację oferty Aran.

Mając na uwadze powyższe, nie może być wątpliwości, że Aran podał w oświadczeniu nieprawdziwe informacje, które niewątpliwie wprowadziły w błąd Zamawiającego. Nie może być też wątpliwości, że informacje te miały wpływ na działania Zamawiającego.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy 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.”*

Przepis ten zastąpił funkcjonującą wcześniej normę wyrażoną w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowił *„Z postępowania o udzielenia zamówienia publicznego wyklucza się również wykonawców, którzy (...) złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.”*

Na temat znaczenia, rozumienia i interpretacji przywołanego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w bardzo szeroki i spójny sposób wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza, m.in. w uzasadnieniu wyroku z dnia 24 czerwca 2015 r. (wł. 2016 r.) sygn. KIO 1010/16, w którym przywołała wyroki Izby: z 6 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1550/10; z 6 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1578/10; z 12 października 2009 r. sygn. akt KIO 1223/09. Izba odwołała się do wyroku Sądu Najwyższego z 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99 oraz wyroku z 28 września 2009 r. sygn. akt KIO 1161/09.

Izba wskazała stanowisko Trybunału Sprawiedliwości w wyroku z dnia 26 września 2014 r. wydanym w sprawach połączonych sygn. akt T-91/12 i T- 280/12. Wskazała też wyrok S.O. Warszawa-Praga w Warszawie z 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12 i wyroki Izby: z 22 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO 1778/09; z 28 września 2009 r. sygn. akt KIO 1161/09; z 28 marca 2012 r. sygn. akt KIO 478/12; z 2 marca 2015 r. sygn. akt KIO 279/15. Powołując się na prawodawstwo europejskie Izba wskazała, że nakazuje się wykluczenie wykonawcy, jeżeli *„jest winny poważnego wprowadzenia w błąd”*. Izba również zaznaczyła, wskazując, że jest niesporne w orzecznictwie, że ustawa nie przewiduje żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji, w treści ustawy nie przewidziano ani uprawnienia, ani obowiązku skierowanego do Zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych.

Odwołujący wskazał, że stanowisko Izby jest w pełni aktualne i znajduje zastosowanie na gruncie tej sprawy. Jednakże uczynił pewne zastrzeżenia, stwierdzając: po pierwsze, w nowym brzmieniu przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp rozszerzono przesłanki dotyczące okoliczności wprowadzenia w błąd Zamawiającego, bowiem wprowadzenie w błąd Zamawiającego nie musi już mieć charakteru umyślnego, jak interpretowała wcześniejsze brzmienie przepisu część orzecznictwa. W chwili obecnej wprowadzenie w błąd może wynikać także z lekkomyślności lub niedbalstwa; po drugie, rozszerzono zakres czynności na jakie wprowadzenie w błąd może mieć wpływ, o ile we wcześniejszej wersji przepisu mowa była jedynie o informacjach *„mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania”*, o tyle w chwili obecnej przepis ten rozszerzył zakres o informacje *„mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez*

zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”. Tak więc nie chodzi tylko o informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania, ale także o wszelkie decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Dlatego też oceniając stan faktyczny zaistniały w postępowaniu należy wskazać rozszerzenie zakresu stosowania nowej normy w stosunku do poprzednio obowiązujących przepisów.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że aby miała zastosowanie norma wynikająca z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp muszą być spełnione łącznie dwie przesłanki:

1. wykonawca musi przedstawić informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego (może to uczynić także nieumyślnie przez lekkomyślność czy niedbalstwo);
2. oraz informacje te muszą mieć wpływ na działania podejmowane przez Zamawiającego w danym postępowaniu.

W przypadku spełnienia się obydwu przesłanek Zamawiający ma obowiązek wykluczyć danego wykonawcę.

Oceniając stan faktyczny jaki zaistniał w postępowaniu w świetle opisanych powyżej okoliczności natury faktycznej i prawnej, biorąc pod uwagę przytoczoną argumentację natury prawnej, Odwołujący wskazał, co następuje.

Niewątpliwie Aran wprowadził w błąd Zamawiającego podając nieprawdziwe informacje co do spełniania przez IRISBUS ILIADE rocznik 2006 normy emisji spalin EURO 5, podczas gdy w rzeczywistości spełnia on jedynie normę emisji spalin EURO 4. Co istotne, fakt ten miał znaczenie przy ocenianiu ofert, bowiem za normę emisji spalin EURO 5 Aran otrzymał dodatkowe punkty. W tym stanie rzeczy oczywistym jest, że wprowadzenie w błąd Zamawiającego miało wpływ na decyzje Zamawiającego w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący stwierdził, że w jego ocenie, zostały spełnione przesłanki z art. 24 ust. pkt 17 ustawy Pzp. Tym samym Zamawiający miał obowiązek wykluczyć Aran z postępowania i w konsekwencji odrzucić jego ofertę.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł jak na wstępie.

Załączniki do odwołania - wskazane w uzasadnieniu kopie: oferty Aran; zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszych ofert; wezwania z dnia 29 maja 2017 r.; Wykazu narzędzi.

Zamawiający: w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu wskazał: zdaniem Zamawiającego, odwołanie i żądanie Odwołującego o nakazanie Zamawiającemu:

1. wykluczenia z postępowania Aran jako Wykonawcy, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, a tym samym nakazanie odrzucenia oferty Aran;

2. dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, którą zgodnie z warunkami SIWZ oraz przepisami ustawy Pzp jest oferta odwołującego – nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do pierwszego zarzutu Zamawiający wskazał, że czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonał na podstawie złożonych dokumentów i oświadczeń Wykonawcy, Zamawiający na tym etapie nie miał wiedzy o wprowadzeniu go w błąd przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza na realizację I części zamówienia.

Cytując Odwołującego: „(...) należy wskazać, iż aby miała zastosowanie norma wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp spełnione muszą być łącznie dwie przesłanki:

- Wykonawca musi przedstawić informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego (pamiętajmy, iż może to zrobić także nieumyślnie poprzez lekkomyślność czy niedbalstwo);
- Oraz informacje te muszą mieć wpływ na działania podejmowane przez Zamawiającego w danym postępowaniu.

W przypadku spełnienia obydwu powyższych przesłanek Zamawiający ma obowiązek wykluczyć danego Wykonawcę.”

– Zamawiający wskazał, że w rozpatrywanym przypadku informacje podane przez Wykonawcę, a zdaniem Odwołującego wprowadzające w błąd Zamawiającego, nie miały wpływu na wynik postępowania. Wyraźnie podkreślił, że Zamawiający żądał w SIWZ wykazania co najmniej 9-ciu pojazdów do realizacji zamówienia, a wybrany Wykonawca w załączniku nr 5 do SIWZ wykazał tych pojazdów 10. Gdyby Zamawiający miał wiedzę na temat wadliwie sklasyfikowanego pod kątem normy emisji spalin podanego autobusu IRISBUS ILIADE, mógłby skorzystać z dyspozycji art. 26 ust. 3 i wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Zauważył, że gdyby nie brać pod uwagę wcześniej wymienionego pojazdu niespełniającego normy, Wykonawca nadal dysponowałby /wymaganymi 9-cioma pojazdami, w tym 5-cioma z normą emisji spalin co najmniej Euro 5 (taką samą ilość jaką zadeklarował w swojej ofercie Odwołujący).

Wobec powyższego z całą mocą zauważył, że biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert wskazane w SIWZ, oferta Wykonawcy wybranego do realizacji zamówienia nadal byłaby najkorzystniejsza. Poniżej porównanie:

I. Streszczenie oceny i porównania złożonych ofert uwzględniające 6 pojazdów z normą emisji spalin co najmniej Euro 5 Wykonawcy F.H.U. „ARAN” A.M..

1. Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Szczecinku Sp. z o.o., kryteria - punkty:  
Cena - 42,78

Doświadczenie zawodowe osób wyznaczonych do realizacji zamówienia - 20,00

Aspekty środowiskowe - 11,11

Łączna liczba punktów - 73,89.

2. F.H.U. „ARAN” A.M., kryteria - punkty:

Cena - 60,00

Doświadczenie zawodowe osób wyznaczonych do realizacji zamówienia - 20,00

Aspekty środowiskowe - 13,33

Łączna liczba punktów - 93,33.

II. Streszczenie oceny i porównania złożonych ofert uwzględniające 5 pojazdów z normą emisji spalin co najmniej Euro 5 Wykonawcy F.H.U. „ARAN” A.M.:

1. Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Szczecinku Sp. z o.o., kryteria - punkty:

Cena - 42,78

Doświadczenie zawodowe osób wyznaczonych do realizacji zamówienia - 20,00

Aspekty środowiskowe - 11,11

Łączna liczba punktów - 73,89.

2. F.H.U. „ARAN” A.M., kryteria - punkty:

Cena - 60,00

Doświadczenie zawodowe osób wyznaczonych do realizacji zamówienia - 20,00

Aspekty środowiskowe - 11,11

Łączna liczba punktów - 91,11.

Zamawiający podkreślił, że w kryterium cena ofertowa o wadze 60%, różnica między ofertami wynosi 160 912,00 zł na korzyść wybranego Wykonawcy F.H.U. „ARAN” A.M..

Odnosząc się do drugiego zarzutu Zamawiający poinformował, że w przypadku wykluczenia z postępowania oferty (wł. wykonawcy) F.H.U. „ARAN” A.M., postępowanie należałoby unieważnić na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż cena najkorzystniejszej (wówczas) oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższałaby kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W tym stanie rzeczy wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Wykonawca A.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A.M. F.H.U. „ARAN” z siedzibą w Połczynie Zdroju, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, nie dzieląc stanowiska odwołującego wskazał, że ze strony wykonawcy doszło do oczywistej omyłki. Jednakże posiadanie co najmniej 6 autobusów, które spełniają co najmniej normę emisji spalin EURO 5 nie było warunkiem przystąpienia do przetargu. Ponadto, pomyłka w żadnej mierze nie miała znaczenia dla wyniku przetargu.

Odnosząc się do przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp podniósł, że wprowadzenie zamawiającego w błąd winno być wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy. Jednocześnie takie błędne przekonanie powinno mieć przełożenie na przebieg postępowania, co w tym przypadku nie



miało miejsca. Jednym z koniecznych elementów hipotezy normy prawnej przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 jest istotny wpływ nieprawdziwych informacji (wprowadzających w błąd) na decyzje podejmowane przez zamawiającego (wyrok z dnia 20 marca 2017 r. sygn. akt KIO 382/17).

Odwołujący wniósł w dniu 30 czerwca 2017 r. dodatkowe pismo pt. „Pismo w postępowaniu odwoławczym” w związku z treścią uzasadnienia zgłoszenia Przystępującego do postępowania odwoławczego, wskazując argumentację prowadzącą do następującej konkluzji: Przystępujący przyznał w przystąpieniu, że pojazd marki IRISBUS ILIADE numer rejestracyjny ZS817EG, rok produkcji 2006, nie spełnia normy emisji spalin EURO 5, pomimo tego, że w ofercie deklarował, że dysponuje sześcioma pojazdami spełniającymi wymagania. Za każdy pojazd spełniający normę emisji spalin EURO 5 Zamawiający przyznawał dodatkowe punkty (Rozdział 14 SIWZ). Odwołujący uznał, że została spełniona przesłanka wprowadzenia Zamawiającego w błąd, o której stanowi przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zamieścił cytat z wyroku Izby z dnia 20 marca 2017 r. sygn. akt KIO 382/17, jako stanowiący trafne podsumowanie zarzutów odwołania. Wskazał, że Przystępujący oświadczył w zgłoszeniu przystąpienia, że podanie nieprawdziwych informacji nastąpiło w wyniku „omyłki”, podkreślił jednakże, że do tej omyłki doszło aż dwukrotnie w dwóch różnych dokumentach - w formularzu ofertowym Przystępujący wskazał 6 pojazdów spełniających wymaganą normę emisji spalin EURO 5 oraz w wykazie pojazdów, że pojazd marki IRISBUS ILIADE numer rejestracyjny ZS817EG, rok produkcji 2006, spełnia normę emisji spalin EURO 5. Podane informacje, to informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego na podstawie, których podejmując istotne decyzje w postępowaniu, Zamawiający zawyżył ocenę oferty Przystępującego przez przyznanie mu 13,33 punktów za 6 pojazdów, zamiast 11,11 punktów za 5 pojazdów. Jest to decyzja, o jakiej stanowi art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp - istotna decyzja Zamawiającego. Zatem, Zamawiający miał obowiązek wykluczyć wykonawcę z postępowania.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołujący jest czynnie legitymowany do wniesienia odwołania na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jest jednym z dwóch wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w części I zamówienia, zatem wykazanie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp ze skutkiem wyeliminowania drugiego wykonawcy z postępowania, stwarza Odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia. Nieuzyskanie z kolei zamówienia może wpisywać się w szkodę po stronie Odwołującego.

Wykonawca A.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A.M. F.H.U. „ARAN” z siedzibą w Połczynie Zdroju, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, w wyniku skutecznego przystąpienia, stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp), zwanym dalej też Przystępującym.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie, wobec nie stwierdzenia okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na podstawie: -akt sprawy odwoławczej (zgodnie z § 8 ust. 1 regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań - Odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem stanowią akta sprawy odwoławczej) -oraz wyjaśnień złożonych przez jedynego obecnego na rozprawie Odwołującego, Izba ustaliła następujący stan faktyczny w zakresie objętym odwołaniem.

Zgodnie z opisem zamieszczonym w rozdziale 14 SIWZ w pkt 2 część I ppkt 3, Zamawiający postanowił, że za dysponowanie na rzecz realizacji zamówienia przez Wykonawcę pojazdami przystosowanymi do przewozu osób, które spełniają normę emisji spalin na poziomie co najmniej EURO 5, zostaną przyznane poszczególnym ofertom punkty, wg wzoru, z uwzględnieniem minimalnej liczby pojazdów jaka będzie brana pod uwagę przy ocenie ofert, to 9 pojazdów i maksymalnej ilości punktów jaką może uzyskać dana oferta w tym kryterium, to 20 punktów. Ilość pojazdów, które spełniają normy co najmniej EURO 5 należało wskazać w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ.

Weryfikacja danych miała nastąpić na podstawie załącznika nr 5 do SIWZ (składanego na pisemne wezwanie Zamawiającego).

Zgodnie z SIWZ rozdział 7 „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”, Załącznik nr 10 do SIWZ to „Formularz ofertowy” (pkt 1 ppkt 1); „Oświadczenie o braku podstaw wykluczenia” to załącznik nr 8 (pkt 1 ppkt 4).

Załącznik nr 5 do SIWZ miał być złożony na wezwanie Zamawiającego w trakcie badania i oceny ofert jako „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami” (wykaz oświadczeń i dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu - rozdział 7 pkt 2 ppkt 3 SIWZ),

jednocześnie miał służyć „Weryfikacji danych (...)” w celu przyznania punktów w kryterium oceny ofert Aspekty środowiskowe (rozdział 14 pkt 2 część I ppkt 3 SIWZ).

W formularzu ofertowym w punkcie 3 „Zobowiązania Wykonawcy” w ppkt 3 „Aspekt środowiskowy”, Przystępujący oświadczył, że oferuje 6 pojazdów spełniających normę emisji spalin „EURO 5” lub wyższą. W pkt 8 zadeklarował, że wszystkie oświadczenia i informacje zamieszczone w ofercie są kompletne, prawdziwe i rzetelne.

W załączniku nr 5 Przystępujący wyszczególnił 10 sztuk sprzętu (autobusów) do realizacji zamówienia, wskazując obok nazw i numerów rejestracyjnych, rok produkcji, normę emisji spalin i podstawy dysponowania.

W zakresie właściwym dla oceny oferty w kryterium Aspekty środowiskowe, Przystępujący wskazał 6 pojazdów spełniających normę emisji spalin, po 3 pojazdy EURO 6 i EURO 5.

Zamawiający przyznał ofercie Przystępującego 13,33 punktów w kryterium Aspekty środowiskowe za zaoferowanie 6. pojazdów spełniających wymagania normy emisji spalin co najmniej na poziomie EURO 5. W pozostałych kryteriach Przystępujący uzyskał punktację: cena ofertowa 60 punktów; doświadczenie zawodowe osób wyznaczonych do realizacji zamówienia 20 punktów. Łącznie z kryterium Aspekty środowiskowe 13,33 punktów, uzyskał 93,33 punktów. Z kolei Odwołujący uzyskał punktację: cena ofertowa 42,78 punktów; doświadczenie zawodowe osób wyznaczonych do realizacji zamówienia 20 punktów; Aspekty środowiskowe 11,11 punktów, łącznie uzyskał 73,89 punktów. Przystępujący uzyskał przewagę w punktacji ofert wynoszącą 19,44 punktów, z tego w kryterium cena 17,22 punktów i w kryterium Aspekty środowiskowe 2,22 punktów.

Oferta Przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołanie zostało wniesione od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty uczestnika postępowania odwoławczego A.M. F.H.U. „ARAN”, której Zamawiający przyznał 13,33 punktów w kryterium oceny ofert - Aspekty środowiskowe o znaczeniu (wadze) 20%, zamiast 11,11 punktów oraz zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia (na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

#### **Izba uznała.**

Oświadczenia Przystępującego zamieszczone w formularzu ofertowym stanowią zobowiązanie ofertowe zrealizowania zamówienia publicznego przy wykorzystaniu wymaganej ilości pojazdów, w tym 6. pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO 5 lub wyższą (treść oferty).

Treść oferty podlega wyłącznie wyjaśnianiu w takim zakresie, w jakim dopuszcza przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.).

W orzecznictwie wskazuje się, że możliwość żądania wyjaśnień treści złożonych ofert na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzeniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał (wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 30 marca 2010 r. sygn. akt X Ga 7/10).

W tym kontekście niezasadne jest stanowisko Zamawiającego, że „(...) mógłby skorzystać z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień.” Przywołany przepis dotyczy obowiązku wezwania wykonawcy m.in. do udzielania wyjaśnień dotyczących oświadczeń, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Nie znalazło również uzasadnienia wyjaśnienie Przystępującego, że oświadczenie złożone w dwóch dokumentach tworzących ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o dysponowaniu 6. pojazdami spełniającymi normę emisji spalin EURO 5 lub wyższą, gdy w rzeczywistości tych pojazdów było 5, w dodatku wszystkie stanowiące własność Przystępującego, a więc mającego wiedzę na temat posiadanego sprzętu, jest z jego strony oczywistą omyłką.

Przepis art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do poprawia w ofercie: 1) oczywistych omyłek pisarskich, 2) oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty oraz niezwłocznego zawiadomienia o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona.

Wspólną cechą wystąpienia omyłek, w szczególności oczywistych, jest ich oczywistość oraz możliwość poprawienia bez udziału wykonawcy.

Nie jest oczywista, ani możliwa do poprawienia w ofercie Przystępującego bez udziału z jego strony, wskazana ilość pojazdów spełniających wymaganą normę emisji spalin EURO 5 lub wyższą, w sytuacji gdy wykonawca określając ilość pojazdów 6. przy 5.

posiadanych w rzeczywistości, fakt ten również potwierdził wykazem pojazdów zawierającym konkretne wymagane określenia techniczne.

Podobnie, jak nie jest możliwe wyjaśnienie treści oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na jej ocenę, nie jest również możliwe poprawienie oferty przez wskazanie innej ilości pojazdów, gdy ma to znaczenie dla oceny oferty.

W kwestii dowodów dotyczących wystąpienia przesłanki wskazanej przez Odwołującego - art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jako podstawy wykluczenia Przystępującego z postępowania, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że z uzasadnienia zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego wniesionego przez Przystępującego, wynika przyznanie faktów w rozumieniu art. 190 ust. 5 ustawy Pzp (Nie wymagają też dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.).

Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie nie budzi też wątpliwości, że weryfikacja „(...) złożonych dokumentów i oświadczeń Wykonawcy” na podstawie SIWZ rozdział 14 pkt 2 część I ppkt 3 - „Weryfikacja danych nastąpi na podstawie Załącznika nr 5 do SIWZ (składanego na pisemne wezwanie Zamawiającego)”, nie przyniosła oczekiwanego skutku - Zamawiający na etapie badania i oceny ofert nie miał wiedzy o wprowadzeniu go w błąd.

W kwestii odniesienia się Zamawiającego do drugiego zarzutu - konieczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (Cena oferty Odwołującego jako najkorzystniejsza przewyższa kwotę, którą zamawiającego zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia), Izba wskazuje, że na tym etapie postępowania odwoławczego podniesione okoliczności nie były przedmiotem oceny. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy dotyczy oceny oferty najkorzystniejszej lub oferty z najniższą ceną. Na etapie podejmowania przez Zamawiającego czynności ocenianych w postępowaniu odwoławczym, oferta Odwołującego nie była ofertą ani najkorzystniejszą ani z najniższą ceną.

Na podstawie postępowania dowodowego, Izba uznała, że Przystępujący - zgodnie z treścią zarzutu odwołania - przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, jednakże nie były to decyzje skutkujące wykluczeniem Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzuceniem jego oferty.

Przystępującemu, jako profesjonalnemu przewoźnikowi świadczącemu usługi przewozu osób, można przypisać przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp - zaoferowanie własnego sprzętu służącego realizacji zamówienia, z informacyjnymi

konkretyzującymi sprzęt do kategorii sprzętu uzyskującego wyższą punktację w ramach oceny ofert w kryterium Aspekty środowiskowe. Dla zastosowania tej przesłanki wystarczające jest wykazanie „odmiennego rzeczywistego stanu rzeczy od zaprezentowanego w oświadczeniu złożonym przez Przystępującego” - zgodnie z wyrokiem z dnia 20 marca 2017 r. sygn. akt KIO 382/17, przywołanym przez Odwołującego i Przystępującego - w zakresach odpowiednich dla ich twierdzeń w postępowaniu odwoławczym.

Za przywołanym wyrokiem Izba wskazuje, że dla spełnienia pierwszej przesłanki przepisu wystarczające jest wystąpienie choćby niedbalstwa lub braku należytej staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp).

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 (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 (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 Kc 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. Zatem, jeżeli Przystępujący przedstawił w złożonych przez siebie oświadczeniach informacje pozostające w sprzeczności z faktami, zaś Odwołujący w sposób nie wymagający specjalnego nakładu pracy i środków dotarł do właściwych danych, uznać należy, że Przystępujący co najmniej wykazał się niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Dla zastosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp niezbędne jest spełnienie wszystkich wskazanych w nim przesłanek. Wprowadzenie zamawiającego w błąd powinno być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy. Skutkiem zaś powinno być pozostawanie zamawiającego w błędnym przekonaniu, co do rzeczywistego stanu rzeczy. Jednocześnie błędne przekonanie powinno mieć przełożenie na przebieg

postępowania - istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiający wykazał w odpowiedzi na odwołanie, że przyznanie Przystępującemu o 2 punkty więcej w kryterium oceny ofert Aspekty środowiskowe, nie miało wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż punktacja ofert bez uwzględnienia tych dwóch punktów pozostawała nadal punktacją korzystną dla Przystępującego, z przewagą 17,22 punktów z uwagi na cenę oferty.

Zatem, pominięcie w ocenie oferty Przystępującego w kryterium Aspekty środowiskowe pojazdu marki IRISBUS ILIADE, numer rejestracyjny ZS817EG, rok produkcji 2006, jako niespełniającego normy emisji spalin co najmniej EURO 5, nieprawdziwie wskazanego jako spełniającego wymagane normy emisji spalin, pozostaje bez wpływu na uzyskanie wyższej punktacji oferty Przystępującego w stosunku do oferty Odwołującego oraz na wybór oferty najkorzystniejszej jako najważniejszej czynności Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu. Oferta Przystępującego pozostaje nadal ofertą najkorzystniejszą, co czyni brak istotnego wpływu nieprawdziwych informacji na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że w jego ocenie, nie ma sporu co do pierwszej przesłanki z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, natomiast co do dalszej przesłanki - możliwości istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wskazał, że wpływ ten był istotny w zakresie punktacji oferty, ponieważ zamawiający z tego tytułu przyznał ofercie Przystępującego dodatkowe 2 punkty w kryterium Aspekty środowiskowe. Potwierdził jednak, że te 2 punkty przyznane na skutek informacji Przystępującego nie stanowiły o przewadze punktacji oferty Przystępującego nad ofertą Odwołującego. Wobec tych faktów, brak jest podstaw do uznania wystąpienia okoliczności uzasadniających zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp (brak wypełnienia hipotezy ze wskazanego przepisu).

Na etapie postępowania odwoławczego Izba jest zobowiązana do zbadania przesłanki z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Przez wynik postępowania należy rozumieć dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego (art. 2 pkt 7a ustawy Pzp).

W okolicznościach sprawy brak jest podstaw do zastosowania przywołanego przepisu. Brak jest również podstaw do uznania naruszenia przez Zamawiającego

pozostałych wskazanych w odwołaniu przepisów - art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba dodatkowo wskazuje, że w przywołanych wyrokach: z dnia 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 382/17 i z dnia 24 czerwca 2015 r. (wł. 2016 r.) sygn. akt KIO 1010/16, Izba wskazując wystąpienie przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i odpowiednio z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przed nowelizacją, w obu przypadkach uznała: 1. „Gdyby na całe wymagane doświadczenie składało się więcej inwestycji, przekraczających swoim zakresem minimalny 5-letni okres, nieprawidłowości w podaniu dat mogłyby, w pewnych specyficznych okolicznościach, skutkować uznaniem, że nie mają one wpływu na decyzje zamawiającego i tym samym na wynik postępowania”; 2. „Badając spełnienie przesłanki wpływu informacji na wynik postępowania Izba wskazuje, że niesporne w orzecznictwie KIO jest, że przy stwierdzeniu złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wykonawca potwierdził w innym miejscu spełnienie tego warunku, nie podlega on wykluczeniu (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 roku o sygn. akt XXIII Ga 416/11). Jednakże jeżeli dokonując weryfikacji wykonawcy stwierdzone zostało złożenie nieprawdziwych informacji a spełnienie warunku nie znajduje potwierdzenia w innym miejscu (w innych dokumentach), to wykonawca podlega wykluczeniu i niemożliwym jest uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.”

Reasumując powyższe, Izba orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem 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. Nr 41 poz. 238, z późn. zm.), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez Odwołującego (7 500 zł).

**Przewodniczący:** .....