

**WYROK**  
z dnia 15 marca 2018 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**  
**Członkowie: Ernest Klauziński**  
**Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2018 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **ENERIS Surowce S.A., ul. Zagnańska 232a, 25-563 Kielce** w postępowaniu prowadzonym przez **Związek Celowy Gmin MG-6, ul. Sikorskiego 3-4, 66-400 Gorzów Wielkopolski**

**orzeka**

1) uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez:

- doprecyzowanie treści załącznika nr 11 do SIWZ i zawarcie informacji nakazujących wykonawcom podanie danych jednoznacznie identyfikujących pojazd umieszczony w Wykazie pojazdów oraz podstawę dysponowania,
- zobowiązanie wykonawców wykazujących pojazdy dla wykonywania zamówienia w ramach kryterium oceny ofert, do złożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających prawdziwość podanych informacji dotyczących wykazanego pojazdu,
- zawarcie w treści umowy o realizację zamówienia postanowień umożliwiających zamawiającemu egzekwowanie od wykonawcy na etapie wykonywania zamówienia, spełnianie zadeklarowanych parametrów przez wskazany w ramach kryterium oceny ofert pojazd;

2) w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;

3) kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Związek Celowy Gmin MG-6, ul. Sikorskiego 3-4, 66-400 Gorzów Wielkopolski** i zalicza w poczet kosztów

postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

4) Zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego **ENERIS Surowce S.A., ul. Zagnańska 232a, 25-563 Kielce** kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych tytułem zwrotu kwoty uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017r poz.1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gorzowie Wielkopolskim**.

Przewodniczący .....

Członkowie .....

.....

## **UZASADNIENIE**

Związek Celowy Gmin MG-6, ul. Sikorskiego 3-4, 66-400 Gorzów Wielkopolski, dalej zwany „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbieranie oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Sektora II Związku Celowego Gmin MG-6. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 lutego 2018 r. pod numerem 2018/S 032-069908. W dniu 15 lutego 2018 r. Zamawiający opublikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Od treści postanowień Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ potencjalny wykonawca ENERIS Surowce S.A., ul. Zagnańska 232a, 25-563 Kielce (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu:

1. określenie w pkt II. 2.5.) ogłoszenia jako pozacenowe kryterium oceny ofert zatrudnienie osób na podstawie umowy o pracę z wagą 10%; określenie w Rozdziale XVI ust 1. i ust. 2 pkt 4) SIWZ jako pozacenowe kryterium oceny ofert zatrudnienie osób na podstawie umowy o pracę, w tym nadanie mu wagi 10% i brak wskazania informacji i dokumentów, które umożliwiłyby sprawdzenie na etapie Postępowania, że Wykonawcy spełniają to kryterium;

2. brak żądania w SIWZ informacji i dokumentów, które umożliwiłyby sprawdzenie na etapie Postępowania, że wykonawcy spełniają i w jakim stopniu pozacenowe kryterium środowiskowe oceny ofert (E)- norma emisji spalin pojazdów, które będą użyte do realizacji przedmiotu zamówienia (pojazd, który spełnia poziom emisji spalin EURO 5 i wyższy) (Rozdział XVI ust 2. pkt 2) SIWZ);

3. dopuszczenie w ramach załącznika nr 11 do SIWZ w ramach wykazu pojazdów spełniających normę EURO 5 ponad wskazane w SIWZ w rozdziale V ust. 1 pkt 4. (kolumna 6 i wyjaśnienia do odesłania \*\*) wskazywanie jako punktowanego w ramach kryteriów oceny ofert zasobu innego podmiotu;

4. brak powiązania pozacenowego kryterium oceny ofert określonego w Rozdziale XVI ust. 1 SIWZ (środowiskowe E) z przedmiotem zamówienia, z uwagi na brak mechanizmów ich weryfikacji na etapie realizacji umowy, w tym brak bezwzględnych i skutecznych sankcji za brak dopełnienia tych wymogów;

5. brak powiązania pozacenowego kryterium oceny ofert określonego w Rozdziale XVI ust. 1 SIWZ (zatrudnienie osób na podstawie umowy o pracę Z) z przedmiotem zamówienia,

z uwagi na brak mechanizmów ich weryfikacji na etapie realizacji umowy, w tym brak bezwzględnych i skutecznych sankcji za brak dopełnienia tego wymogu.

Wskazał, że powyższymi ustaleniami Zamawiający dopuścił się naruszenia:

(A) art. 91 ust. 2d w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (w zakresie działań i zaniechań Zamawiającego wskazanych w pkt 2 i 3) jako że w ramach załącznika nr 11 do SIWZ brak jest żądania wskazania dokładnych informacji identyfikujących dany pojazd na etapie oceny ofert, brak jest żądania dokumentów potwierdzających, że wykonawca dysponuje na etapie składania i oceny ofert wskazanym pojazdem oraz dokumentu potwierdzającego, że pojazd ten spełnia normy emisji spalin pojazdów (EURO 5 i wyższy), pomimo tego, że zgodnie ze ww. przepisami ustawy Pzp Zamawiający obowiązany jest określić kryteria oceny ofert w sposób umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez Wykonawcę; co więcej, brak dopełnienia wymogów wskazanych w art. 91 ust. 2d ustawy Pzp narusza zasadę przejrzystości oraz zasadę uczciwej konkurencji między wykonawcami, jako że uniemożliwia rzeczywistą weryfikację przez Zamawiającego i innych wykonawców, czy wykonawca, który uzyska punkty w ramach tego kryterium faktycznie je spełnia;

Powyższe narusza również art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym: „Kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. Zapewniają one możliwość efektywnej konkurencji i dołączone są do nich specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia. W razie wątpliwości instytucje zamawiające skutecznie weryfikują prawidłowość informacji i dowodów przedstawionych przez oferentów.”

(B) art. 91 ust. 2a w zw. z art. 7 ust. 1 oraz naruszenie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp poprzez ustanowienie kryterium społecznego (dotyczy działań wskazanych w pkt 1,2 oraz pkt 6), które z uwagi na sposób jego opisu (brak obowiązku zatrudnienia osoby co najmniej dotychczas niezatrudnionej), a także braku jego weryfikacji na etapie realizacji Umowy stanowi kryterium pozorne i tym samym Zamawiający nie dopełnił skutecznie wymogu 40% dla kryteriów pozacenowych wskazanych w art. 91. Ust. 21 ustawy Pzp;

Co więcej tak ustanowione kryterium dotyczące zatrudnienia jednej osoby na umowę o pracę, jako że nie jest weryfikowane ani na etapie składania i oceny ofert ani na etapie realizacji zamówienia narusza uczciwą konkurencję między wykonawcami, jest ono również nieproporcjonalne odnośnie wagi 10%, jako że wartość wynagrodzenia pracownika na stanowisku ładowacza nie będzie stanowiła nawet 1% wartości wynagrodzenia wykonawcy w całym okresie realizacji zamówienia;

(C) art. 22a ust. 1 ustawy Pzp (w zakresie działania wskazanego w pkt 4) poprzez dopuszczenie, aby w ramach kryterium oceny ofert punktowany był zasób techniczny

użyczony, pomimo tego, że korzystanie z potencjału podmiotów trzecich możliwe jest wyłącznie w ramach spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

(D) art. 91 ust. 2 oraz ust. 2c w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (w zakresie zaniechań wskazanych w pkt 5 i 6), jako że brak weryfikacji na etapie realizacji umowy oraz brak bezwzględnych i skutecznych sankcji na etapie jej realizacji dla wykonawcy, który nie dopełni tych wymogów narusza uczciwą konkurencję między wykonawcami (można bowiem na etapie oferty oświadczyć i udokumentować kryterium oceny oferty, a następnie nie wypełnić tego zobowiązania).

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu poprawienia załącznika nr 11 do SIWZ poprzez dodanie żądania wskazania w kolumnie nr 2 nr rejestracyjnych pojazdów wraz z informacją o dopuszczeniu pojazdu do ruchu, usunięcie kolumny nr 6;

- nakazanie Zamawiającemu poprawienia załącznika nr 11 do SIWZ poprzez zmianę wyjaśnienia odesłania ozn \*\* na - „należy wpisać „własność” lub określić „inny tytuł prawny”;

- nakazanie Zamawiającemu dodania w Rozdziale XVI ust. 2 pkt 2) SIWZ wymogu przedłożenia kopii następujących dokumentów dla każdego pojazdu: świadectwa (certyfikatu) zgodności, potwierdzenia aktualnych badań technicznych i świadectwa dopuszczenia do ruchu;

- nakazanie Zamawiającemu dodania w Rozdziale XVI ust. 2 pkt 2) SIWZ wymogu, aby w przypadku wskazania w załączniku nr 11 do SIWZ w kolumnie 5 (informacja o podstawie dysponowania) innej podstawy niż „własność” pojazdu, dołączenia do oferty kopii umowy regulującej tytuł prawny do pojazdu;

- nakazanie Zamawiającemu zmniejszenie wagi pozacenowego kryterium oceny ofert zawartego w pkt II. 2.5.) ogłoszenia oraz w Rozdziale XVI ust 1. i ust. 2 pkt 4) SIWZ. jako pozacenowe kryterium zatrudnienie osób na podstawie umowy o pracę do poziomu maksymalnie 1%, ewentualnie eliminację tego kryterium;

- zwiększenie wagi kryterium środowiskowego do 29%-30%, ewentualnie wprowadzenie nowego pozacenowego kryterium oceny ofert spełniającego wymogi ustawy Pzp;

- nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do Rozdziału XVI ust. 2 pkt. 4) SIWZ wymogu, aby zatrudniona osoba była dotychczas bezrobotna lub niezatrudniona i żądania przedstawienia kopii umowy, w której w razie uzyskania Zamówienia wykonawca zobowiązuje się zatrudnić osobę na stanowisku ładowacza na cały etat, przy wykonywaniu czynności objętych przedmiotem zamówienia, przez cały okres obowiązywania umowy;

- nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do Rozdziału XVI ust. 2 pkt. 4) SIWZ wymogu przedstawienia kopii zaświadczenia lub oświadczenie takiej osoby, że jest osobą bezrobotną lub poszukującą pracy, bez zatrudnienia.

- nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do wzoru umowy w sprawie Zamówienia skutecznych mechanizmów weryfikacji spełnienia na etapie realizacji umowy kryteriów: środowiskowego (E) oraz zatrudnienia osób na podstawie umów o pracę (Z) oraz ich weryfikacji na etapie realizacji umowy, w tym nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia bezwzględnych i dotkliwych/skutecznych sankcji za brak dopełnienia tych wymogów.

Na wstępie zdaniem Izby wskazać należy, że Zamawiający dokonał w dniu 12 marca zmiany i wyjaśnień treści postanowień SIWZ. Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący na etapie posiedzenia cofnął jedno z wniesionych odwołań (sygn. akt KIO 364/18), a także cofnął zarzut ozn nr 1 i 5 oraz podniesione żądania w tym zakresie. Dlatego też biorąc pod uwagę fakt, iż cofnięcie zarzutu powoduje wygaśnięcie sporu w tym zakresie pomiędzy stronami Izba uznała za niezasadne prezentowanie stanowisk stron w zakresie objętym wycofanymi zarzutami.

Na wstępie uzasadnienia potrzeby dokonania zmian treści SIWZ Odwołujący wskazał na pkt 92 preambuły dyrektywy 2014/24/UE odnoszący się do kryteriów pozacenowych z którego wynika, że kryteria te:

- powinny umożliwić ocenę porównawczą poziomu wykonania oferowanego w ofertach w kontekście przedmiotu zamówienia określonego w specyfikacji;
- nie powinny przyznawać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oraz powinny zapewniać możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji;
- powinny im towarzyszyć rozwiązania, które pozwalają na skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów.

Podniósł, że dla każdego wprowadzonego kryterium zamawiający musi być w stanie i musi mieć zamiar sprawdzać, na ile poszczególne oferty rzeczywiście spełniają wymagania, do których odnosi się dane kryterium (na ile oferty są wiarygodne pod tym względem. Podkreślił, że zgodnie z art. 91 ust. 2 Pzp kryteria oceny ofert muszą być powiązane z przedmiotem zamówienia. Przy ich ustanawianiu konieczne jest także poszanowanie norm proceduralnych: zasady jawności, równego traktowania, zapewnienia uczciwej konkurencji, proporcjonalności. Zgodnie z art. 91 ust. 2d ustawy Pzp zamawiający musi określić narzędzia umożliwiające sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert.

W ocenie Odwołującego opis kryteriów oceny ofert sformułowany w SIWZ nie spełnia wymogów przewidzianych ustawą Pzp oraz dyrektywy 2014/24/UE. Jako istotną nieprawidłowość zakwestionowanego opisu kryteriów wskazał brak skutecznych mechanizmów ich weryfikacji na etapie oceny ofert, a także realizacji umowy. W zakresie kryterium środowiskowego, zdaniem Odwołującego może dziwić fakt, że w ramach Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia Zamawiający wymaga na s. 9 pkt 3, aby pojazdy wymienione w załączniku nr 11 do SIWZ spełniały wymagania Dyrektywy 98/69/EC-

normy Euro 5 oraz były zarejestrowane i dopuszczone do ruchu oraz posiadały aktualne badania techniczne i świadectwa dopuszczenia do ruchu zgodnie z przepisami o ruchu drogowym, jednak spełnienia tych wymogów nie zamierza sprawdzić.

Powyższe skutkuje tym, że brak jest możliwości weryfikacji, czy informacje podawane przez wykonawcę są prawdziwe (w tym w kontekście art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp). Powyższe narusza zasadę przejrzystości i uczciwej konkurencji między wykonawcami, jako że nie sposób zweryfikować, czy informację punktowane odpowiadają rzeczywistości. W zakresie kryterium środowiskowego nie sposób również zweryfikować, czy pojazdy, które zgłasza wykonawca nie będą jednocześnie zgłoszone w innym postępowaniu (np. na sektor I lub III) i czy będzie one faktycznie użyte do realizacji Zamówienia.

Podniósł, że odnośnie obowiązkowej weryfikacji zobowiązań zawartych w ofercie na etapie realizacji umowy, Zamawiający nie przewidział konieczności przedstawienia dokumentów dotyczących spełnienia kryterium środowiskowego oraz społecznego na etapie realizacji umowy. W rezultacie nie przewidział również konsekwencji nieprzedłożenia tych dokumentów w postaci np. kar umownych lub odstąpienia od umowy (bezwzględny nakaz a nie jedynie możliwości). Powyższe rażąco narusza zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wskazał, że część podniesionych zarzutów straciła aktualność w związku ze zmianą postanowień SIWZ. Także część argumentacji Odwołującego również jest nieaktualna na moment orzekania, gdyż Zamawiający wraz ze zmianą treści SIWZ dokonał odpowiedzi na pytania wykonawców w których szereg wątpliwych kwestii zostało wyjaśnionych i jednoznacznie rozstrzygniętych przez Zamawiającego. Ponadto Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie pozostałych zarzutów uznając je za niezasadne.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 2d w zw. z 7 ust. 1 ustawy Pzp podał, że Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Postępowania wskazał w Rozdziale XVI ust. 2 pkt 2 -Kryterium „środowiskowe (E) norma emisji spalin pojazdów, które będą użyte do realizacji przedmiotu zamówienia (pojazd, który spełnia poziom emisji spalin EURO 5 i wyższy)” będzie rozpatrywane na podstawie ilości pojazdów zadeklarowanej w Załączniku nr 11 do SIWZ, ponad ilość wskazaną w Rozdziale V ust. 1 pkt 4).

Punkty będą przyznawane w następujący sposób:

- a) 0 pojazdów - 0 pkt
- b) 1 pojazd - 5 pkt
- c) 2 pojazdy i więcej - 10 pkt

Maksymalna liczba punktów wynosi 10. Zaoferowanie przez Wykonawcę więcej niż 2 pojazdy nie będzie dodatkowo punktowane. W takiej sytuacji wykonawca otrzyma maksymalną liczbę 10 pkt.

Zamawiający wskazał, że tak skonstruowane kryterium dotyczy pojazdów ponad wymagany 1 pojazd z warunków udziału w postępowaniu określony w rodz. V ust. 1 pkt 4 SIWZ i dotyczy ilości pojazdów zadeklarowanych przez wykonawcę. Punktowana będzie tylko ilość zadeklarowanych pojazdów, a tytuł prawny do pojazdu będzie stanowił jedynie informację dla Zamawiającego bez punktacji. Ocena zgodności z wymogami SIWZ zadeklarowanych pojazdów dla uzyskania punktacji zostanie oparta wyłącznie na informacjach (oświadczeniach), wynikających z treści oferty. Załącznik nr 11 do SIWZ stanowi taką informację i na jego podstawie zostanie dokonana ocena w powyższym kryterium. Podkreślił, że powyższemu kryterium Zamawiający przypisał jedynie wagę w ramach kryterium oceny ofert, na poziomie 10 %, a to skutkuje zdaniem Zamawiającego tym, że uzyskanie przez wykonawcę punktów w tym kryterium nie ma istotnego wpływu na ostateczną ilość punktów przyznanych konkretnemu wykonawcy.

Zaznaczył, że uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów i żądań Odwołującego w zakresie: poprawienia załącznika nr 11 do SIWZ (żądania określone w tiret drugie i trzecie Odwołania, strona 4), dodania wymogu przedłożenia kopii dokumentów, wymienionych przez Odwołującego, dla każdego pojazdu, żądania kopii umowy regulującej tytuł prawny do pojazdu (żądania określone w tiret czwarte i piąte odwołania, strona 4) oraz wprowadzenia do wzoru umowy bezwzględnych i skutecznych sankcji za brak spełniania na etapie realizacji umowy kryterium środowiskowego (żądanie określone w tiret dziesiąte Odwołania, strona 5) stanowiłoby naruszenie ww. przepisów Pzp i doprowadziłoby do uprzywilejowania jednego z wykonawców na rynku. Podkreślił, że Zamawiający określił w SIWZ, że w przypadku warunku udziału będzie żądał złożenia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy - Załącznik nr 4 do SIWZ zaś w zakresie kryterium oceny oferty złożenia Załącznika nr 11 do SIWZ w którym wykonawca zadeklaruje ilość pojazdów. Tym samym w obu przypadkach Zamawiający opierać będzie ocenę na podstawie złożonych oświadczeń. Zamawiający określił w SIWZ w rozdz. IX ust. 4 pkt 1, że w przypadku załącznika nr 4 SIWZ wezwie do złożenia wykazu pojazdów przystosowanych do realizacji zamówienia zgodnie z Rozdziałem V ust. 1 pkt 3 SIWZ, którymi dysponuje Wykonawca w celu wykonania niniejszego zamówienia, wraz z informacją o podstawie faktycznej i prawnej do dysponowania tymi pojazdami. W odniesieniu natomiast do kryterium oceny ofert ustalił w załączniku nr 11 do SIWZ w kolumnie 5 „*Informacja o podstawie do dysponowania danym zasobem\*\*\**” a w kolumnie 6 „*Nazwa i adres podmiotu - w przypadku, gdy Wykonawca składający ofertę polega na zasobach (potencjale technicznym) innego podmiotu\*\*\**”.

Podkreślił, że Zamawiający ma prawo do ustalenia takich kryteriów oceny ofert, które są niezbędne do dokonania wyboru oferty w największym stopniu spełniającej cele



prowadzonego postępowania. Ponadto dodał, że inne określenie kryteriów oceny ofert, jak tego oczekuje Odwołujący zmierzałoby do ograniczenia uczciwej konkurencji.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 22a ust.1 Pzp podał, że możliwe jest jego zdaniem dopuszczenie w ramach kryterium oceny ofert punktowania zasobu technicznego użyczonego, pomimo tego, że korzystanie z potencjału podmiotów trzecich możliwe jest wyłącznie w ramach spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nawiązując do zarzutu naruszenia ww. przepisu Zamawiający wskazał na Postanowienia SIWZ Rozdział V ust. 1 pkt 4) „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, gdzie Zamawiający podał, że wykonawca dla spełnienia warunku udziału łącznie musi dysponować minimum 1 pojazdem spełniającym poziom emisji spalin co najmniej EURO 5. Wykonawca wskaże spełniający ten wymóg pojazd w wykazie narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy, stanowiącym Załącznik nr 4 do SIWZ.

Natomiast w Rozdziale V ust. 4 podał, że zgodnie z art. 22a ust 2 ustawy PZP wykonawca może polegać na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, wypełniając Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (zwany dalej JEDZ) w odpowiednich częściach.

Natomiast wykazanie w zakresie kryterium oceny odnosi się do pojazdów ponad wymagany jeden pojazd z warunku określonego powyżej i dla wykazania w ramach kryterium oceny wystarczające jest zadeklarowanie ilości pojazdów. Tak więc punktowana jest tylko podana ilość pojazdów, a tytuł prawny do pojazdu stanowi jedynie informację bez punktacji i jest obojętny z punktu widzenia wykazania ilości deklarowanych pojazdów. Takie wykazanie wymagania Zamawiającego przesądza o ocenie kryterium z punktu widzenia realności udostępnionych zasobów podmiotu trzeciego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje,**

**Odwołanie częściowo jest zasadne i w związku z tym zostało uwzględnione.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie wykazał spełnianie przesłanek posiadania interesu o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp.

Za wyrokiem KIO o sygn. KIO 123/14, Izba wskazuje, że w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty - zgodnie z art. 29 ust 2 Pzp wystarczające jest tylko uprawdopodobnienie tego faktu. Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu.

Na wstępie wskazać należy, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbieranie oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z podziałem na trzy sektory. Przedmiotowe odwołanie zostało wniesione w zakresie zamówienia na sektor II, chociaż jak wynika z dokumentacji postępowania zasady do postępowań na kolejne sektory I i III są takie same. Zamówienia będą realizowane w okresie od 1 lipca 2018 roku do 29 lutego 2020 roku.

Osią sporu pomiędzy stronami jest w zasadzie kwestia dotycząca tego, czy wykonawcy deklarujący w ramach kryterium oceny ofert pojazdy do realizacji tego zamówienia, spełniające normę EURO 5, winni wykazać dysponowanie tym pojazdem dla wykonywania zamówienia tylko w formie składanego Zamawiającemu oświadczenia, czy niezbędne jest wykazanie tego faktu za pomocą dokumentów pojazdu. Podkreślić należy, że kryteria oceny ofert stanowią - obok opisu przedmiotu zamówienia - podstawowy instrument w procesie wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Najlepszy bilans tych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia decyduje zazwyczaj o wskazaniu oferty, która ma być realizowana. Zatem kryteria oceny ofert jako narzędzie wyboru optymalnej oferty, pozwalają na konkurowanie wykonawców w zakresie takich aspektów, jak m.in.: parametry, jakość, koszty eksploatacji czy oddziaływanie na środowisko. Wskazać należy, że z przepisu. 2 pkt 5 lit. A; art. 91 ust. 1 i 2 oraz 36 ust. 1 pkt 13 Pzp wynika, że ustawa Pzp dopuszcza, a nawet nakazuje stosowanie pozacenowych kryteriów wyboru ofert. Tym samym zamawiający musi ustanowić w SIWZ kryteria oceny ofert, którymi będzie się posługiwać podczas wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Kryteria udzielania zamówienia stanowią treść art. 67 dyrektywy klasycznej 2014/24/UE oraz art. 82 dyrektywy sektorowej 2014/25/UE. Z uwagi na to, że oba artykuły są identyczne (różnice wynikają z tłumaczenia), należy stwierdzić, że w

obu dyrektywach podejście do oceny ofert jest takie samo. Dlatego też dla oceny kwestii prawidłowości przyjęcia przez Zamawiającego określonego katalogu ocen oferty zastosowanie znajdzie w szczególności przepis art. 91 ust 2 Pzp oraz przepisy ww. dyrektyw i orzeczeń ETS.

Niewątpliwym jest, że w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym Zamawiający ma obowiązek opisać kryteria inne niż cena, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty oraz ma obowiązek podać wagi poszczególnych kryteriów i sposób oceny ofert. Zasadą jest, że zamówienia powinny być udzielane na podstawie ustalonych obiektywnych kryteriów zapewniających zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania wykonawców oraz gwarantujących, że oferty będą oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. Dobór kryteriów oceny ofert należy do zamawiającego i bezsporne jest, że ustawa przyznaje mu w tym zakresie swobodę, która jednak doznaje ograniczenia przede wszystkim ze względu na treść art. 7 ust. 1 oraz treść art. 91 ust. 2 ustawy Pzp. Za wyrokiem SO w Warszawie z 16.3.2003r., sygn. akt V Ca 1213/02 wskazać należy, że *kryteria oceny ofert powinny preferować rzeczy istotne dla zamawiającego, związane z przedmiotem zamówienia*. Ustalone przez zamawiającego kryteria pozacenowe winny być uzasadnione nie tylko z punktu widzenia preferencji zamawiającego, ale także jego uzasadnionych potrzeb. Powyższe oznacza, że wybrany w oparciu o ustalone kryteria oceny ofert wykonawca, oferuje dla zamawiającego lepsze wykonanie przedmiotu zamówienia w odróżnieniu od innych wykonawców.

W przedmiotowej sprawie niespornym pomiędzy stronami postępowania była zasadność ustalenia kryterium środowiskowego w postaci możliwości punktowania ofert wykonawców za zaoferowanie do realizacji przedmiotu zamówienia dodatkowych pojazdów (poza jednym wymaganym dla spełnienia warunku udziału) spełniających co najmniej normę emisji spalin EURO 5. Głównym zarzutem Odwołującego w tym zakresie był brak zagwarantowania przez Zamawiającego możliwości weryfikacji na podstawie dokumentów pojazdu, czy zaoferowany pojazd spełnia ww. normę oraz czy przy jego użyciu będzie wykonywane zamówienie. Zamawiający ustalił, iż oceny załącznika nr 11 - na podstawie którego wykonawcy mogą uzyskać dodatkowe punkty w kryterium środowiskowym, dokona w oparciu o oświadczenie wykonawcy.

Pierwszą sporną sprawą pomiędzy stronami była kwestia wykazania podstawy do dysponowania pojazdem wskazanego dla uzyskania punktacji w ramach kryterium oceny ofert. Zdaniem Izby niezadane jest stanowisko Odwołującego ograniczające możliwości wykonawcy w tym zakresie do wykazania się tylko pojazdem będącym w dysponowaniu własnym wykonawcy bez możliwości korzystania w tym zakresie z zasobu podmiotu trzeciego. Zdaniem Izby, nieuprawnione jest wywodzenie z treści przepisu art. 22a ust. 1

Pzp, iż przepis ten zakazuje możliwości korzystania ze sprzętu udostępnionego wykonawcy przez podmiot trzeci w zakresie kryterium oceny ofert.

Nowelizacja ustawy Pzp w ramach której zmieniono poprzednio obowiązujący w tym zakresie przepis art. 26 ust.2b Pzp miała na celu wyeliminowanie w ramach wykazywania warunków udziału, możliwości ich potwierdzenia w oparciu o cudzy potencjał, kiedy takim potencjałem wykonawca zmierzał jedynie do uzyskania większej liczby punktów w ramach kryteriów selekcji i zakwalifikowania się na tzw. „krótką listę”. Oznacza to, że w postępowaniach dwuetapowych wykonawcy mogą polegać za zasobach podmiotów trzecich wyłącznie w celu wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu – nie mogą korzystać z nich dla zwiększenia liczby punktów w ramach kryteriów selekcji i zakwalifikowania się na krótką listę.

Oczywistym jest, że względu na odmiennosc obu ww. instytucji tj. wykazania spełnienia warunku udziału i spełnienia wymagań w zakresie kryteriów, iż nie jest możliwym w przypadku pojazdu wskazanego dla kryterium oceny ofert zastosowanie procedury wyjaśniania i uzupełniania przedłożonych dokumentów i oświadczeń, jak to ma miejsce w przypadku zasobu wskazanego dla wykazania warunku udziału w postępowaniu. Takie uzupełnianie dokumentów pozwalające przykładowo na zmianę informacji o produkcie, jego cech, parametrów itp. w zakresie oceny punktowej byłoby działaniem naruszającym zasadę uczciwej konkurencji. Izba uznała, że niezasadnym jest próba przenoszenia wprost uwarunkowań prawnych, dotyczących wykazania spełnienia warunków udziału do uregulowań dotyczących kryterium oceny ofert, gdzie ustawodawca zarówno unijny jak i krajowy stawia tylko wymaganie, aby postawione kryteria oceny ofert zapewniały ich zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania wykonawców oraz zapewnienia rzeczywistej konkurencji w postępowaniu.

Niewątpliwym jest, że każde dysponowanie zasobem podmiotu trzeciego zarówno dla wykazania spełnienia warunku udziału jak i kryterium oceny ofert winno dawać rzeczywiste i realne jego wykorzystanie dla wykonania zamówienia i winno być Zamawiającemu wykazane.

W zakresie zarzutu braku wykazania za pomocą dokumentów, iż zaoficerowany pojazd spełnia określone wymagania wskazać należy, iż konieczne jest określenie przez Zamawiającego z jakiego dokumentu zamawiający będzie czerpał wiedzę o cechach i parametrach pojazdu który będzie podlegał ocenie. Za wyrokiem ETS z 4.12.2003r. sygn. C-448/01 EVN AG and Wienstrom GmbH wskazać należy, że *„kryteria oceny ofert nie mogą naruszać zasady równego traktowania, muszą być sformułowane w sposób przejrzysty, zrozumiały dla wykonawców i niepowodujący wątpliwości interpretacyjnych. Ocena ofert w tym zakresie powinna być dokonana na podstawie przedłożonych przez wykonawców informacji i dowodów”*. Z powyższego wywieść należy, że ustalone przez Zamawiającego

kryteria oceny ofert winny umożliwiać weryfikację informacji przedstawianych przez wykonawców. Niewątpliwym jest, że ustalone przedmiotowe kryterium może mieć decydujący wpływ na wybór wykonawcy do realizacji tego zamówienia. Tym samym zarówno Zamawiający jak i inni wykonawcy winni mieć możliwość sprawdzenia, czy oferowany pojazd jest oferowany tylko dla jednego sektora przedmiotowego zamówienia oraz, czy spełnia postawione przez Zamawiającego wymagania określone w SOPZ na s. 9 pkt 3, tj, że pojazdy wymienione w załączniku nr 11 do SIWZ *winny spełniać wymagania Dyrektywy 98/69/EC- normy Euro 5, były zarejestrowane i dopuszczone do ruchu oraz posiadały aktualne badania techniczne i świadectwa dopuszczenia do ruchu zgodnie z przepisami o ruchu drogowym.*

W odniesieniu do powyższych ustaleń zobowiązujących Zamawiającego do sprawdzenia prawdziwości ww. informacji Izba uznała, że Zamawiający winien w treści umowy zamieścić wymóg możliwości weryfikacji spełniania określonego kryterium, a także umieścić zapisy dotyczące np. kar umownych należnych zamawiającemu z tytułu niespełnienia przez wykonawcę postawionych wymogów oraz możliwości odstąpienia od umowy na tej podstawie. Dodatkowo należy przewidzieć zapisy umożliwiające faktyczną kontrolę przez zamawiającego, spełnienia przez pojazd w/w wymogów już na etapie wykonywania zamówienia– np. poprzez możliwość żądania określonych dokumentów, czy też przeprowadzenia przez przedstawicieli zamawiającego kontroli podczas realizacji czynności.

Reasumując powyższe Izba stwierdza, że postawione kryteria oceny ofert winny służyć wyborowi wykonawcy, który w lepszy sposób niż inni będzie wykonywał zamówienie. Jednakże postawione kryteria winny być weryfikowane przez zamawiającego zarówno na etapie oceny ofert jak i wykonywania zamówienia, gdyż to urzeczywistnia zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba uznała, że opis oceny spełniania kryterium środowiskowego dokonany przez Zamawiającego uzasadniał zarzuty odwołania, gdyż została uprawdopodobniona możliwość utrudniania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Izba pozostawiła Zamawiającemu swobodę w kwestii możliwości ustalenia, które konkretnie zapisy postanowień SIWZ i jego załączników winny być zmienione, czy też wprowadzone dodatkowe postanowienia, oczywiście z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w sentencji i uzasadnieniu orzeczenia.

Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2017 r., poz. 47).

Przewodniczący .....

Członkowie .....

.....