Sygn. akt: KIO 81/20

Wyrok

z dnia 27 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2020 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15.01.2020 r. przez wykonawcę JSB Construction PPHU J. S., ul. Potokowa 12A/1, 80-297 Banino w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Gierałtowice, ul. ks. Roboty 48, 44-186 Gierałtowice

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum:

MARWENT II Sp. z o. o., APP Energy Sp. z o. o., ul. Główna 63, 42-622 Świerklaniec

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego JSB Construction PPHU J. S., ul. Potokowa 12A/1, 80-297 Banino i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 (dziesięć tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

3. Zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego Gminy Gierałtowice, ul. ks. Roboty 48, 44-186 Gierałtowice kwotę 542,00 (pięćset czterdzieści dwa) złote tytułem zwrotu kosztu dojazdu pełnomocnika na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U z dnia 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 81/20

UZASADNIENIE

Gmina Gierałtowice, ul. ks. Roboty 48, 44-186 Gierałtowice, zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Słoneczna gmina - montaż instalacji fotowoltaicznych dla mieszkańców gminy Gierałtowice”. Postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem zasad obowiązujących przy wartości zamówienia poniżej progów unijnych

dotyczących robót budowlanych.

Zamawiający w dniu 10.01.2020r przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty tj. oferty konsorcjum Marwent II sp. z o.o. sp. komandytowa oraz APP Energy sp. z o.o., który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Od takiej czynności zamawiającego wykonawca JSB Construction PPHU J. S., ul. Potokowa 12A/1, 80-297 Banino, dalej zwany „odwołującym" wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1. naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp przejawiające się w dokonaniu wyboru oferty konsorcjum Marwent II sp. z o.o. sp. komandytowa oraz APP Energy sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w sposób sprzeczny z warunkami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, polegający na wadliwym przyjęciu, że oferta ta jest najkorzystniejsza w oparciu o kryterium ceny, podczas gdy ze względu na zadeklarowaną w formularzu ofertowym przez odwołującego gwarancję producenta oraz treść SIWZ oferta JSB Construction PPHU J. S. powinna być uznana za najkorzystniejszą,

2. błąd w ustaleniach faktycznych przejawiający się w ustaleniu, iż wybrane konsorcjum Marwent II sp. z o.o. sp. komandytowa oraz APP Energy sp. z o.o. uzyskało największą liczbę punktów podczas, gdy prawidłowe i zgodne ze zgromadzonymi w postępowaniu dowodami/dokumentami ustalenia prowadzą do wniosku, iż najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący;

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert, oraz zasądzenie na rzecz odwołującego od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania.

Uzasadniając zarzuty podniesione w odwołaniu odwołujący podał, że w punkcie IV.2.2 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał, iż ocena ofert będzie następowała w oparciu o dwa kryteria tj. kryterium obejmującego cenę [60,00%] oraz okres gwarancji producenta paneli [40,00%]. W SIWZ dla przetargu nieograniczonego zamawiający wskazał, że oferta powinna zawierać deklarowany termin gwarancji paneli. Wraz z ofertą należało przedłożyć stosowny dokument podpisany przez producenta potwierdzający długość okresu gwarancji paneli fotowoltaicznych deklarowany przez wykonawcę[postanowienia X.5 Lit. c SIWZ]. Zamawiający wskazał także, że ocena złożonych ofert w zakresie kryterium „okres gwarancji producenta paneli" zostanie dokonana na podstawie informacji podanych przez wykonawcę w formularzu oferty. Odwołujący wskazał w punkcie 4 b formularza oferty, że zobowiązuje się udzielić na panele 30 letniej gwarancji od daty odbioru końcowego robót.

Pismem z dnia 10.01.20120 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty. Z zawiadomienia wynika, że za najkorzystniejszą ofertę zamawiający uznał ofertę konsorcjum Marwent II sp. z o.o. sp. komandytowa oraz APP Energy sp. z o.o.. Podstawą wyboru ofert było wyłącznie kryterium ceny, za którą wykonawca mógł otrzymać 60 punktów. Zwycięska oferta zawierała oświadczenie wykonawcy i producenta panel (w języku angielskim) o deklarowanej gwarancji producenta w wymiarze 15 lat. Do oferty tej została załączona jedynie specyfikacja techniczna oferowanych paneli w języku angielskim. Podkreślił, że zadeklarowany przez odwołującego w formularzu ofertowym okres gwarancji wynosi 30 lat, zatem zgodnie z zasadami oceny ofert określonymi SIWZ powinien On uzyskać liczbę maksymalną liczbę 40 punktów w kryterium gwarancja paneli.

Podniósł, że odwołujący stoi na stanowisku, że opisane powyżej działanie zamawiającego jest nieprawidłowe i stanowi naruszenie wskazanych przepisów Pzp. Dokonany przez zamawiającego wybór najkorzystniejszej oferty jest wadliwy i sprzeczny z SIWZ. Nadto dodał, że zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp w wypadku powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do treści złożonych dokumentów lub oświadczeń, zamawiający ma możliwość zwrócenia się do Wykonawcy o ich wyjaśnienie. Jednakże zamawiający nie skorzystał z powyższego uprawnienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie podkreślając, że zarzuty odwołania są niezasadne, a dokonana ocena ofert przez Zamawiającego jest prawidłowa. Stwierdził, że zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą (konsorcjum firm: Marwent II sp. z o.o. sp. komandytowa oraz APP Energy sp. z o.o.) zgodnie z art. 91 ustawy Pzp na podstawie kryteriów ocen ofert określonych w SIWZ. W ocenie Zamawiającego z treści postanowień SIWZ XIII.3.3. ppkt 4 - kryterium-okres gwarancji producenta paneli- waga 40% jednoznacznie wynika, że kryterium to będzie oceniane na podstawie oświadczenia wykonawcy złożonego w formularzu ofertowym oraz stosownego dokumentu podpisanego przez producenta paneli, którym to potwierdza deklarowany okres gwarancji. Powyższy dokument - dla oceny w tym kryterium- należało załączyć do oferty.

Podkreślił, że dokument ten nie służył do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postepowaniu, a tylko należało go złożyć na potwierdzenie do oceny w kryterium - okres gwarancji producenta paneli.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący- konsorcjum firm Marwent II sp. z o.o. sp. komandytowa oraz APP Energy sp. z o.o., a także pozostali uczestnicy postępowania nie przedłożyli stosownego dokumentu producenta paneli. Konsekwencją braku w ofercie przedmiotowego dokumentu mogło być i było wyłącznie nie przyznanie punktów przy ocenie w tym kryterium. Wyjaśnić należy, że załączone przez oferentów specyfikacje techniczne oferowanych paneli w języku angielskim, nie były brane pod uwagę przy ocenie w tym kryterium.

W zakresie podnoszonej w uzasadnieniu odwołania kwestii tj. nieskorzystania przez zamawiającego z instytucji wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp podał, że skoro w ofercie odwołującego brak było wymaganego dokumentu to żądanie jego wyjaśnienia jest bezprzedmiotowe.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca - konsorcjum MARWENT II Sp. z o. o., APP Energy Sp. z o. o., poparł stanowisko zaprezentowane przez zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

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

Odwołanie jest niezasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w razie uwzględnienie odwołania to jego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu.

Izba w wyniku oceny dokumentacji postępowania, stanowisk stron i przystępującego, uznała, że podjęta przez zamawiającego czynność wyboru najkorzystniejszej oferty odpowiada prawu, jest słuszna, a przedstawiona argumentacja i wywodzenie wniosków że stanu faktycznego znajduje oparcie w materiale dowodowym. Powyższe ustalenia zamawiającego Izba w pełni podziela.

Przechodząc do oceny zarzutu pierwszego (w zasadzie jedynego w tym odwołaniu, gdyż naruszenie art. 87 ust.1 Pzp nie zostało wskazane jako zarzut, a tylko przywołane w treści uzasadnienia) dotyczącego nieprawidłowej oceny oferty odwołującego skutkującej tym, iż za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta złożona przez przystępującego, wskazać należy, że osią sporu pomiędzy stronami była kwestia, czy zamawiający do oceny ofert w

kryterium - gwarancja producenta paneli, w stanie faktycznym sprawy, winien był przyznawać punkty wyłącznie w oparciu o samo oświadczenie wykonawcy zawarte w ofercie, czy łącznie z pismem producenta paneli. Odwołujący w zasadzie nie kwestionował, że do deklaracji wykonawcy w zakresie deklarowanego okresu gwarancji udzielanego na panele wykonawca winien był załączyć stosowny dokument podpisany przez producenta paneli w którym producent potwierdza realność zadeklarowanego okresu gwarancji. Jednakże w stanie faktycznym sprawy, kiedy żaden z wykonawców (według zamawiającego) nie przedłożył prawidłowego dokumentu producenta i tym samym żadnemu z wykonawców nie przyznano punktów w tym kryterium, to według odwołującego zamawiający winien był przyznać punkty w tym kryterium biorąc pod uwagę tylko oświadczenie wykonawcy co do deklarowanego okresu gwarancji. W tym zakresie wskazywał, że postępowanie zamawiającego jest błędne, gdyż dokonał oceny ofert z całkowitym pominięciem ustalonego kryterium oceny - okres gwarancji paneli. W takiej sytuacji wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Nadto w treści uzasadnienia odwołania wskazał, iż zamawiający naruszył przepis art. 87 ust.1 Pzp, gdyż w ww. stanie faktycznym winien był wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie deklarowanego okresu gwarancji, gdyż to odwołujący zadeklarował 30 letni okres gwarancji i złożenie wyjaśnień mogło doprowadzić do uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą w postepowaniu.

Odnosząc się do powyższego, Izba uznała zarzut odwołania za oczywiście niezasadny. Poza sporem między stronami jest fakt, że zamawiający w treści SIWZ ustalił, że w zakresie kryterium oceny ofert - deklarowany okres gwarancji wykonawca chcąc uzyskać punkty w tym kryterium winien był, oprócz złożonego oświadczenia, przedłożyć wraz z ofertą oświadczenie- pismo producenta, potwierdzające zadeklarowany przez wykonawcę okres gwarancji na panele. Niewątpliwym jest także fakt, że zamawiający żadnemu z wykonawców nie przyznał dodatkowych punktów w tym kryterium, a tym samym ocena ofert następowała wyłącznie w oparciu o punkty uzyskane w kryterium cenowym. Żaden z wykonawców takiego poświadczenia odpowiadającego wymogom zamawiającego nie złożył wraz z ofertą.

Izba uznała, że obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielnie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze SWIZ, a odzwierciedleniem znajomości wymagań SWIZ, a tym samym wymagań zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji, czy okresu prawidłowego funkcjonowania urządzeń, jest złożona oferta. Izba jednoznacznie stwierdza, że zamawiający nie miał możliwości prawnej oceniać oferty i przyznawać punkty w ramach kryterium, tylko w oparciu o dokument samego oświadczenia wykonawcy w sytuacji, kiedy w SIWZ jednoznacznie podał, że ocena ta będzie dokonywana łącznie tj. w oparciu o oświadczenie wykonawcy i deklarację producenta paneli. Podkreślić należy także, że potwierdzenie zadeklarowanego okresu gwarancji przez producenta paneli, miało być złożone wraz z ofertą. Poza sporem jest fakt, że odwołujący takiego dokumentu nie złożył. Wymóg złożenia poświadczenia producenta paneli był wymogiem formalnym, skutkującym w przypadku braku jego złożenia tym, że samo oświadczenie wykonawcy nie skutkowało przyznaniem punktów wykonawcy w tym kryterium. Dopuszczenie możliwości uzupełniania dokumentów podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert jest zdaniem Izby niedopuszczalne. Zakres oferty służący do jej oceny w ramach kryteriów oceny ofert nie podlega uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert - wyrok KIO z 4 maja 2017 r. sygn. akt KIO 763/17.

Odnosząc się do kwestii braku wezwania odwołującego w trybie art. 87 ust.1 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie zadeklarowanego okresu gwarancji paneli, Izba stwierdza niezasadność tego zarzutu. Podkreślić należy, że wyjaśnić można tylko treść dokumentu który faktycznie istnieje, czyli został złożony wraz z ofertą. W tym przypadku taki dokument - poświadczenie producenta nie został złożony. Tym samym wszelkie próby wyjaśniania tej kwestii wiązałyby się z potrzebą złożenia takiego dokumentu, a więc z uzupełnieniem treści oferty. W ramach procedury wezwania do złożenia wyjaśnień zamawiający może poddać tej procedurze tylko te elementy oferty, które są mu znane, a więc są w ofercie zawarte. Uprawnienie zamawiającego żądania od wykonawcy wyjaśnień nie może prowadzić do żadnych negocjacji z wykonawcą, którego to treść oferty podlega wyjaśnieniu, a także dokonania jakiejkolwiek zmiany w treści złożonej oferty, z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 87 ust. 2 ustawy. Wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się muszą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści, jakie zawiera złożona oferta.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że brak złożenia wraz z ofertą dokumentu od producenta paneli, potwierdzającego udzielony na nie okres gwarancji, uniemożliwiał przyznanie wykonawcom punktacji w ramach przedmiotowego kryterium oceny ofert, a także uniemożliwiał zamawiającemu możliwość skorzystania z treści art. 87 ust.1 Pzp, gdyż zamawiający nie posiadał dokumentu, którego treść zgodnie z oczekiwaniem odwołującego miałaby być wyjaśniana. Stanowisko odwołującego Izba ocenia jako próbę dowolnej interpretacji postanowień SIWZ, których treści nie da się wywieść z literalnego brzmienia pkt VIII.3.3 p.pkt 4 SIWZ.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie

zamówienia, co - ze wskazanych wyżej względów - nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, 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) i 2b) 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 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący

7