sygn. akt: KIO 263/20

WYROK

z dnia 25 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2020 r. przez wykonawcę J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą IHOL J. K.,

ul. Piotrkowska, nr 257a, lok. 58; 90-456 Łódź, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie, ul. Korczyńska 57; 38-400 Krosno,

przy udziale wykonawcy Europel sp. z o.o., ul. Spółdzielcza 4; 38-420 Korczyna, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą IHOL J. K., ul. Piotrkowska, nr 257a, lok. 58; 90-456 Łódź i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą IHOL J. K., ul. Piotrkowska, nr 257a, lok. 58; 90-456 Łódź, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą IHOL J. K., ul. Piotrkowska, nr 257a, lok. 58; 90-456 Łódź na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego im. Jana Pawła II w Krośnie,

ul. Korczyńska 57; 38-400 Krosno, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 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 Krośnie.

Przewodniczący: .....

sygn. akt: KIO 263/20

Uzasadnienie

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Modernizacja energetyczna Wojewódzkiego Szpitala

Podkarpackiego im. Jana Pawła II w Krośnie".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 października 2019 r., pod nr 2019/S 207-503560.

Dnia 31 stycznia 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 10 lutego 2020 roku, wykonawca J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą IHOL J. K. (dalej „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza w Pakiecie nr II, a złożonej przez Europel sp. z o.o. pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2. art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza w Pakiecie nr II, a złożonej przez Europel sp. z o.o. pomimo, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert w ramach której zamawiający zobowiązany będzie do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Europel sp. z o.o.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą Pzp. Jest tak dlatego ponieważ, gdyby zamawiający dokonał prawidłowej czynności w postępowaniu, wówczas odrzuciłby ofertę złożoną przez Europel sp. z o.o. Tym samym odwołujący, miałby realną szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu oraz w tych warunkach miałby realną szansę uzyskania zamówienia, bowiem jego oferta musiałaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Działania zamawiającego w oczywisty sposób naruszają usprawiedliwiony interes ekonomiczny odwołującego oraz skutkują powstaniem po jego stronie realnej szkody - nieuprawnionym brakiem możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący wskazał, co następuje.

W dniu 19 listopada 2019 roku, zamawiający opublikował odpowiedzi na pytania do s.i.w.z. Zgodnie z treścią odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 11 „Proszę o potwierdzenie, iż w harmonogramie rzeczowo-finansowym w kolumnie „Rodzaj/symbol lampy/źródła światła" należy wpisać dane pozwalające na jednoznaczną identyfikacje oferowanego asortymentu?" zamawiający podał „W harmonogramie rzeczowo-finansowym należy umieścić dane pozwalające na jednoznaczną identyfikację oferowanego produktu. Zamawiający w tym celu modyfikuje załącznik nr 9c - Harmonogram rzeczowo-finansowy w taki sposób, że dodaje kolumnę, w której należy wpisać rodzaj/symbol lampy/źródła światła produktu oferowanego - kolumna E; Rodzaj/symbol lampy/źródła światła oferowanego. Zamawiający wymaga, aby wykonawca dołączył karty katalogowe zaoferowanych opraw i świetlówek- potwierdzających spełnienie wymaganych przez Zamawiającego parametrów.".

Zdaniem odwołującego, zamawiający wymagał, aby w Harmonogramie rzeczowo-finansowym, stanowiącym element formularza ofertowego umieścić dane „Rodzaj/symbol lampy/źródła światła oferowanego", pozwalające na jednoznaczną identyfikację oferowanego produktu. W tym celu zamawiający dokonał modyfikacji harmonogramu, z którego treści jasno wynikały ww. obowiązki wykonawcy.

W ocenie odwołującego, zamawiający wymagał w treści harmonogramu rzeczowo-

finansowego określenia, co najmniej wskazanych poniżej parametrów:

1) Rodzaj lampy/źródła światła oferowanego,

2) Symbol lampy/źródła światła oferowanego.

Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą zaniechał wskazania rodzaju lampy/źródła światła oferowanego, co stanowiło oczywisty wymóg zamawiającego, w treści formularza zamawiającego oraz odpowiedzią na pytanie nr 11.

W konsekwencji, z treści harmonogramu-rzeczowo finansowego wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie wynika rodzaj lampy/źródła światła oferowanych opraw.

Odwołujący wskazał, iż fakt różnorodności rodzajów lamp dostępnych na rynku potwierdzają karty katalogowe produktów oferowanych przez wykonawcę Europel. Zgodnie z adnotacją (patrz karty dla opraw oznaczonych symbolem A1, A2, A3) możliwe jest wykonanie oferowanych opraw w technologii świetlówki liniowe T8. W konsekwencji, produkty oferowane przez wykonawcę Europel, mogą posiadać co najmniej dwa rodzaje lamp: świetlówka liniowa T8 (sprzeczna z wymogami zamawiającego) lub technologia LED (wymagana przez zamawiającego). Wykonawca będąc profesjonalistą w obrocie, któremu powinny być znane ww. okoliczności, w załączonym do oferty harmonogramie rzeczowo-finansowym w polu rodzaj/symbol lampy/źródła światła umieścił wyłącznie kod oprawy, który w żaden sposób nie precyzuje rodzaju lampy/ źródła światła.

Odwołujący zauważył, że gdyby wykonawca Europel, zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 11, załączył do harmonogramu rzeczowo-finansowego karty katalogowe, zamawiający mógłby jasno określić jaki rodzaj lampy wykonawca oferuje. W pozostałych ofertach wykonawcy:

1) umieszczali informacje odnośnie rodzaju lampy w kolumnie rodzaj/symbol lampy/źródła światła oferowanego, tj. że dany produkt jest wykonany w technologii LED (oprawa oświetleniowa na źródła led),

lub

2) składali wraz z ofertą karty katalogowe, z których jednoznacznie wynikał rodzaj lampy oferowanych opraw oświetleniowych.

W konsekwencji, z treści oferty złożonej przez wykonawcę Europel, nie wynikał rodzaj lampy oferowanej przez wykonawcę, w przeciwieństwie do ofert złożonych przez wszystkich pozostałych wykonawców w postępowaniu. Zdaniem odwołującego, bez wątpienia zaniechanie powyższe ma charakter istotny, dotyczący sfery merytorycznej zobowiązania wykonawcy w kluczowym dla zamawiającego obszarze. Zgodnie z treścią s.i.w.z. (opis przedmiotu zamówienia str. 3: „Przedmiotem zamówienia w zakresie pakietu II jest wykonanie robót instalacyjnych i budowlanych związanych z wymianą oświetlenia wewnętrznego na energooszczędne w technologii LED w kompleksie budynków Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego im. Jana Pawła II w Krośnie w skład, którego wchodzą następujące segmenty - A, B, C, D, E, F, G, H oraz Kuchnia i Pralnia w ramach zadania: „Modernizacja energetyczna Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego im. Jana Pawła II w Krośnie", a w szczególności:

a. demontaż wraz z utylizacją istniejących opraw żarowych i świetlówkowych,

b. dostawa i montaż opraw oświetleniowych i źródeł światła typu LED o parametrach

opisanych w załączniku nr 10c do niniejszej umowy;

c. dostosowanie i modernizacja istniejących obwodów zasilających oprawy pod montaż

opraw świetlnych typu LED,

d. wykonanie robót naprawczych i wykończeniowych powierzchni sufitów i ścian w pomieszczeniach zgodnie z wymogami określonymi w załączniku nr 10c do niniejszej umowy,

e. wykonanie pomiarów instalacji elektrycznej - obwodów oświetlenia oraz pomiarów natężenia oświetlenia.".

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (załącznik 10c) również precyzyjnie wskazuje, że wymagane są produkty oświetleniowe typu LED. Nadto, w wyjaśnieniach opublikowanych dnia 19 listopada 2019 r., zamawiający w czterech z pośród trzydziestu jeden odpowiedzi

wskazuje na oświetlenie wykonane w technologii LED.

W związku z powyższym, w ocenie odwołującego wykonawca Europel zaniechał określenia istotnego (a wręcz podstawowego) z punktu widzenia oczekiwań zamawiającego parametru. W konsekwencji, złożona przez wykonawcę oferta winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, co potwierdza liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Niezależnie od okoliczności wskazanych powyżej, zdaniem odwołującego, oferta wykonawcy Europel podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, także z uwagi na wskazane poniżej okoliczności.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 11 wykonawca był zobowiązany do załączenia do harmonogramu rzeczowo-finansowego stanowiącego element formularza ofertowego kart katalogowych oferowanych produktów jednoznacznie precyzujących treść zobowiązania ofertowego. W konsekwencji, karty katalogowe zgodnie z dyspozycją zamawiającego wyrażoną w odpowiedzi na pytanie nr 11 miały stanowić treść oferty wykonawcy. Wykonawca Europel nie załączył wymaganych dokumentów do oferty i tylko z tych przyczyn złożona oferta powinna zostać odrzucona.

Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w postaci kart katalogowych. Wykonawca Europel nie wykonał wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego z uwzględnieniem jasnych i precyzyjnych postanowień s.i.w.z. Zgodnie z treścią s.i.w.z. - Rozdział XI ust. 6 [sposób porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów]: „W przypadku wysłania wiadomości poprzez platformę e-usług SmartPZP lub e-mailem po godzinach pracy Zamawiającego, tj. po 14:35 Zamawiający za datę powzięcia informacji w niej zawartych uzna dopiero następny dzień roboczy.”. Jednocześnie, zgodnie z utrwalonym w tym względzie orzecznictwem KIO, terminy na wykonanie wezwania w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, (odmiennie aniżeli terminy ustawowe) uprawniony jest kreować sam zamawiający. W związku z powyższym, z całą pewnością zamawiający był uprawniony do określenia we własnym zakresie zasad ustalenia wpływów dokumentów z wezwania - na analogicznej zasadzie jak uprawniony jest wskazać wprost w wezwaniu godzinę, do której dokumenty mają wpłynąć do zamawiającego, ażeby zamawiający uznał dokumenty za złożone w terminie. Co więcej, zamawiający w treści wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jasno wskazał, że dokumenty należy złożyć do dnia 17 stycznia 2020 r., za pośrednictwem platformy SmartPZP lub emailem z zastrzeżeniem zachowania wymogów, co do sposobu porozumiewania się zamawiającego i wykonawcy wskazanych w s.i.w.z.

W konsekwencji, w samej treści wezwania z dnia 10 stycznia 2020 r., zamawiający wprost powołał się na ww. wymagania s.i.w.z. Wykonawca Europel, dokumenty będące treścią wezwania podpisał podpisem kwalifikowanym dnia 17 stycznia 2020 r., od godziny 15:15 do godziny 15:30 czasu polskiego. Podsumowując, nie jest możliwe, aby wymagane dokumenty były złożone w wyznaczonym przez zamawiającego terminie.

Niezależnie od formalnego niedochowania terminu wyznaczonego przez zamawiającego, odwołujący podkreślił, że złożone karty katalogowe oferowanych opraw również merytorycznie nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego. Zamawiający żądał bowiem, żeby karty katalogowe potwierdzały spełnianie wymaganych przez zamawiającego parametrów. Przedłożone przez wykonawcę w wykonaniu wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, karty katalogowe nie zawierają części istotnych, wymaganych przez zamawiającego w OPZ (załącznik 10c) parametrów m.in.: stabilność temp. barwowej: 3 SDCM, THD <10%, prąd rozruchowy IINRUSH=INOM, sprawność elektryczna >90%, uszczelka piankowa z pamięcią kształtu. W związku z tym, iż zamawiający już wzywał wykonawcę o uzupełnienie brakujących dokumentów w postaci kart katalogowych nie ma możliwości wezwania go po raz kolejny i zweryfikowania czy oferowane oprawy oświetleniowe spełniają wymagane w OPZ parametry.

Konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty, jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako nieodpowiadającej treści specyfikacji, co jednak musi być poprzedzone umożliwieniem uzupełnienia dokumentu dotkniętego brakiem w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W konsekwencji, odwołujący uznał, że każda ze wskazanych powyżej okoliczności, tj. zaniechanie wykonania wezwania zamawiającego w wyznaczonym terminie oraz przedłożenie kart katalogowych niezawierających wymaganych przez zamawiającego parametrów, stanowi samodzielną przesłankę odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Europel, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł również, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek

wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W przedmiotowym postępowaniu kluczowy koszt realizacji zadania inwestycyjnego - blisko 70% ceny oferty (wg. kosztorysu wykonawcy Europel) to koszt dostawy opraw oświetleniowych.

Wykonawca Europel, w przedłożonym kosztorysie złożonym na wezwanie zamawiającego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wskazał, że „zgodnie z ofertą Miloo" (Miloo Electronics to producent opraw oświetleniowych) koszt dostawy opraw oświetleniowych będzie wynosił 1.809.001,17 zł netto co stanowi 65% wartości ceny oferty wykonawcy. Biorąc pod uwagę zasadę wynikająca z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, a także fakt, że koszt dostawy ma kluczowe i podstawowe znaczenie dla wyceny realizacji przedmiotu zamówienia nie można uznać, że wykonawca sprostał obowiązkowi wykazania, że cena jego oferty nie zawiera rażąco niskiej ceny. W tych warunkach, skoro wykonawca powołuje się na ofertę producenta zobowiązany był wykazać, że faktycznie otrzymał ofertę producenta na wskazaną kwotę załączając ww. ofertę. W ocenie odwołującego przyjęta przez wykonawcę Europel cena dostawy lamp od producenta Miloo Electronics została przyjęta znacznie poniżej cen rynkowych i nie jest możliwe ażeby wykonawca faktycznie zdołał nabyć lampy od tego producenta za wskazaną kwotę.

W powyższym aspekcie odwołujący zauważył, że zamawiający trzykrotnie w ramach wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny żądał, aby złożone wyjaśnienia zawierały dowody. Skoro wykonawca w ramach kosztorysu powołał ofertę producenta Miloo Electronics, zobowiązany był ofertę przedłożyć jako dowód na poparcie swoich twierdzeń. Sama deklaracja własna wykonawcy, co do kwoty dostawy opraw, jako kluczowego czynnika cenotwórczego z pominięciem oferty producenta opraw jest zupełnie bezwartościowa. Koszt dostawy opraw nie może być wyliczony przez żaden program do kosztorysowania oraz nie może być ustalony na jakiejkolwiek innej podstawie aniżeli cenniki lub oferty od producentów. W konsekwencji, dane wpisane do kosztorysu stanowią jedynie deklarację własną wykonawcy, która w tym aspekcie nie może stanowić dowodu, że cena oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny ponieważ może być przyjęta (wpisana do kosztorysu) dowolnie.

Wykonawca Europel, w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oświadczył, że zrealizuje zysk na poziomie 15%. Jednak z przedłożonego kosztorysu jasno wynika, że suma wszystkich kosztów realizacji zadania wynosi 2.727.566,19 zł netto, zaś wartość oferty wykonawcy wynosi 2.790.013,93 zł netto. W konsekwencji, prognozowany zysk faktycznie wynosi 62.446,81 zł netto, co stanowi zaledwie 2,2% wartości kontraktu. Biorąc pod uwagę wartość kontraktu oraz ryzyka może okazać się, że tak niska wartość zysku zostanie skonsumowana przez nieprzewidziane koszty, a wykonawca nie osiągnie jakiegokolwiek zysku. Wykonawca w przedłożonym zamawiającemu kosztorysie, jawnie zaniżył wymaganą opisem przedmiotu zamówienia ilość prac do wykonania, zgodnie z którym: „Poz. 2 Wymiana świetlówek w oprawach wnętrzowych (zainstalowanych) świetlówkowych zamkniętych i belek montażowych metalowych i z tworzyw sztucznych obmiar = 742 szt.". Wykonawca przyjął do wyceny jedynie wymianę świetlówek (wymiana

zużytej świetlówki tradycyjnej na nową, świetlówkę tradycyjną) podczas gdy zgodnie z zapisami OPZ (załącznik 10c) należało wykonać: „Dostawę i montaż (wraz z dostosowaniem podłączenia instalacji dla świetlówek typu LED) źródeł światła (świetlówek LED) w zestawach nadłóżkowych o parametrach opisanych w pkt. 1". W odróżnieniu od wymiany świetlówek tradycyjnych, w takim przypadku należy dostosować instalacje w oprawie pod nowo montowane świetlówki LED, z uwagi na ich odmienny sposób zasilania. Odwołujący szacował, że czas potrzebny na wykonanie prac powinien być znacznie większy tzn. należy dołożyć 1 r-g za punkt, co przełoży się na zwiększenie kosztu prac o kwotę 29.383,20 zł netto.

Również w zakresie pozycji o numerze 11 „Poz. 11 Pomiary i dokumentacja powykonawcza obmiar = 1 szt.", wartości przyjęte przez wykonawcę należy uznać, za niewystarczające. Przyjęta przez wykonawcę Europel dla poz. 11 kwota 35.000,00 złotych netto jest zdecydowanie zaniżona z uwagi na fakt, że zamawiający wymaga wykonania pomiarów instalacji elektrycznej, tj. obwodów oświetlenia oraz pomiarów natężenia oświetlenia. Zgodnie z normą PN-HD 60364-6:2008 należy wykonać pomiar skuteczności zerowania dla nowych odbiorników elektrycznych, dlatego należy wykonać pomiar skuteczności zerowania dla 6329 punktów (5 587 szt. opraw + 742 szt. świetlówek).

Z kalkulacji (na podstawie danych wykonawcy, tj. koszt roboczogodziny 22,00 zł, koszty pośrednie 80%, VAT 23%) wynika, iż koszt pomiaru skuteczności zerowania dla takiej liczby odbiorników elektrycznych wynosi 70.175,95 zł netto co stanowi 86.316,42 zł brutto (zgodnie z KNR 4-03 1205-06 - 0,28 r-g/pomiar). W/w norma nakazuje także wykonanie badań rezystancji izolacji obwodów w przypadku budowy nowej instalacji elektrycznej, co będzie miało miejsce dla około 20% odbiorników, zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 31. Zgodnie z Kosztorysowymi Normami Nakładów Rzeczowych KNNR-5 1301-01 czynność tak zajmuje 1,3 r-g za punkt to przekłada się na kwotę 51,48 zł netto za punkt. Wykonawca w swojej

kalkulacji nie ujął tego zakresu prac, a jego koszt wg. naszych szacunków wynosi 20.592,00 zł netto. Do tego należy doliczyć pomiary natężenia oświetlenia dla wszystkich pomieszczeń, w których będzie wymieniane oświetlenie. Zgodnie z Kosztorysowymi Normami Nakładów Rzeczowych (KNNR-W 9 1201-02) pierwszy pomiar w pomieszczeniu to 0,4 roboczo-godziny za punkt (tj. 15,84 zł netto) oraz (KNNR-W 9 1201-03) każdy następny punkt w pomieszczeniu to 0,15 r-g za punkt (tj. 5,94 zł netto). Natomiast szacunkowy koszt pomiarów natężenia oświetlenia będzie wynosił 47.000 zł netto. Wykonawca przyjął kwotę 35.000,00 zł netto na pomiary i dokumentację powykonawczą, podczas gdy same pomiary będą kosztowały wg. naszych szacunków 137.767,95 zł netto.

Odwołujący wskazał również, iż zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 23 zamawiający wymagał, aby zastosować czujniki ruchu z możliwością sterowania DALI. Wykonawca w kosztorysie przyjął koszt zakupu na poziomie 200 zł netto za sztukę. Również w tym przypadku wykonawca zaniechał przedłożenia dowodów - ofert producenckich, cenników potwierdzających założone koszty. W ocenie odwołującego, nie jest możliwy zakup w tej cenie czujników ruchu DALI spełniających wymagania zamawiającego, na dowód czego odwołujący przedłożył stosowną ofertę producenta ww. czynników.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego - skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Europel sp. z o.o.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Izba wskazuje, co następuje.

1. Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie

odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza w Pakiecie nr II, a złożonej przez

Europel sp. z o.o. pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Załącznik nr 9c - Harmonogram rzeczowo-finansowy, był wymagany na etapie składania

ofert zgodnie z literalnym brzmieniem s.i.w.z. (rozdz. IX pkt 17-4). W dokumencie tym zamawiający w podziale na pakiety wylistował oświetlenie, podał liczbę wymaganych sztuk i pozostawił wykonawcom do wypełnienia kolumny E i F. W kolumnie E należało wskazać ofertowany produkt, zaś w kolumnie F należało podać cenę jednostkową. Formularz w kolumnie G zawierał formułę liczącą iloczyn ceny jednostkowej i liczby sztuk. Zamawiający wymagał złożenia przedmiotowego załącznika wraz z ofertą.

Jednocześnie, zamawiający w rozdz. IX pkt 4.2.1. s.i.w.z. wskazał, że w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy w Pakiecie II odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający żądał: „4.2.1 Materiałów informacyjnych - atestów do stosowania produktu w obiektach służby zdrowia np. PZH lub innego równoważnego dokumentu potwierdzającego, kart katalogowych oferowanych opraw i świetlówek, w języku polskim, potwierdzających spełnienie wymaganych przez Zmawiającego parametrów".

W ocenie Izby, ww. rzeczone dokumenty, to dokumenty przyporządkowane przepisem art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. Możliwość żądania przedmiotowych dokumentów jest zgodna z katalogiem otwartym wskazanym w §13 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. 2018 r. poz. 1993.).

Powyższe oznacza, iż dokumenty te podlegały uzupełnieniu w trybie przepisu art. 26 ust.

3 ustawy Pzp.

Okoliczności powyższe wynikają również z treści odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 11, gdzie zamawiający podał, iż „(...). Zamawiający wymaga, aby wykonawca dołączył karty katalogowe zaoferowanych opraw i świetlówek, potwierdzających spełnienie wymaganych przez Zamawiającego parametrów".

Przystępujący Europel wypełnił kolumnę E, wskazując dane niezbędne do identyfikacji zaoferowanego oświetlenia. Zwrócić również należy uwagę na okoliczność, że zamawiający nie precyzował szczegółowo, jakie dane wykonawcy mieli wskazać, oczekując jedynie identyfikacji zaoferowanego przedmiotu, co Europel w składanej ofercie uczynił. Przedłożone przez przystępującego karty katalogowe odpowiadają wprost treści załącznika nr 9c złożonego wraz z ofertą przystępującego. Tym samym zamawiający miał możliwość dokonania weryfikacji treści oferty przystępującego, co uczynił wspomagając się jednocześnie opinią biegłego z dnia 30 stycznia 2020 roku, którą to opinię Izba wprowadziła z urzędu w poczet materiału dowodowego, a której to opinii odwołujący nie zakwestionował. Oczywistym jest również, że przystępujący składając swoją ofertę musiał wziąć pod uwagę rodzaj technologii, w jakiej ma być wykonane zamówienie, co również zostało przez przystępującego potwierdzone w treści kolumny C załącznika nr 9c.

Dodatkowo, argumentem wzmacniającym bezzasadność stawianego przez odwołującego zarzutu jest okoliczność, iż odwołujący w identyczny jak przystępujący sposób, wypełnił kolumnę E przedmiotowego Harmonogramu podając producenta i kod/symbol/numer katalogowy oprawy, jak również załączył takie same karty katalogowe, co przystępujący, co dowodzi, że tożsamo interpretował przedmiotowe postanowienia s.i.w.z.

W ocenie Izby, jeśli zamawiający miałby dodatkowe oczekiwania, co do treści załącznika, powinien je jednoznacznie wskazać. Skoro jednak wskazał jedynie obowiązek podania „Rodzaj/symbol lampy/źródła światła oferowanego", to nie mógł następnie oczekiwać referowania do innych elementów potwierdzających zgodność oferty z s.i.w.z. Podstawą do oceny zgodności z treścią s.i.w.z. były materiały informacyjne, o jakich mowa w rozdz. IX pkt 4.2.1. s.i.w.z.

Izba podkreśla, że wpisanie nazwy producenta oraz kodu/symbolu/numeru katalogowego oferowanej oprawy w kolumnie E „Rodzaj/symbol lampy/źródła światła oferowanego" Harmonogramu pozwalało zamawiającemu na identyfikację zaoferowanego sprzętu Natomiast karta katalogowa produktu jest dokumentem, który szczegółowo opisuje parametry produktu (w tym wypadku oprawy/źródła światła) i na jej podstawie możliwa była ocena, czy oferowany produkt spełnia warunki opisu przedmiotu zamówienia i wymagania s.i.w.z.

W zakresie powyższego zarzutu, Izba oddaliła wnioski dowodowe zgłoszone przez odwołującego, tj. wyciąg z publikacji Oprawy Oświetleniowe W. Ż. (dowód nr 1), publikacje firmy Philips/Osram (dowód nr 2), schemat kodowania opraw producenta Miloo (dowód nr 3), rozkodowanie opraw oferowanych przez Europel (dowód nr 4) oraz zamawiającego, tj. wydruk ze strony producenta Miloo (dowód nr 1) stwierdzając, iż nie potwierdzają one okoliczności powoływanych na rozprawie, a potwierdzają jedynie (w przypadku odwołującego) rodzaje opraw, jakie są dostępne na rynku i oferowane przez różnych producentów oraz prezentują sposób kodowania opraw produkowanych przez producenta Miloo, a w przypadku zamawiającego - opisują w sposób ogólny technologię produktów Miloo stosowanych obecnie i mających zastosowanie w przyszłości.

Za całkowicie bezzasadne Izba uznała zarzuty odwołującego dotyczące rzekomego złożenia wyjaśnień po terminie. Wskazać bowiem należy, iż zamawiający w treści wezwania

określił termin na złożenie dokumentów, jako datę dzienną, bez zakreślania godziny, do której mają zostać złożone dokumenty. W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozdz. XI pkt 3 zdanie drugie, zamawiający zastrzegł, że „Za datę wpływu oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji przyjmuje się ich datę wczytania do systemu.”. Skoro zatem w dacie wyznaczonej przez zamawiającego, przystępujący wprowadził do systemu żądane dokumenty, to okoliczność, że zamawiający zapoznał się z nimi w dniu następnym nie oznacza, że zostały one złożone po terminie.

Zarzut odwołującego, iż w kartach katalogowych nie znajdują się wszystkie parametry oferowanych opraw oświetleniowych jest bezzasadny, albowiem nie ma możliwości, aby wykonawcy przedstawiali do postępowań karty katalogowe opracowane przez producentów sprzętu, zawierające wszystkie wymagane danym postępowaniem parametry. Karty katalogowe są zdaniem Izby, dokumentami ogólnymi, opracowywanymi przez producentów, z założenia prezentujące informacje niekonkretne, mające raczej walor reklamowy, dlatego też stawianie zarzutu, że złożone karty katalogowe nie są szczegółowe nie może się ostać, tym bardziej, że odwołujący złożył karty katalogowe tego samego producenta w tożsamej treści, co oznacza, że miał on świadomość ogólności prezentowanych tam treści.

2. Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza w Pakiecie nr II, a złożonej przez Europel sp. z o.o. pomimo, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest bezzasadny.

Wskazać należy, że wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek VAT

wynosi 5.514.275,00 zł, co stanowi znacznie wyższą kwotę, aniżeli wszystkie oferty złożone w Pakiecie II postępowania. Różnica pomiędzy ofertą odwołującego a przystępującego jest niewielka - odwołujący złożył ofertę na 3.849.051,85 zł, przystępujący na 3.431.711,38 zł, a zatem wnosi ok. 400 000 zł.

Ponadto, porównując średnią wszystkich złożonych ofert do ceny oferty przystępującego, różnica to zaledwie ok. 9% od średniej ceny.

Mając już tylko powyższe ustalenia na względzie, nie sposób uznać, że oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę (RNC).

Nie mniej zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej. Przystępujący pismem z dnia 16 stycznia 2020 roku, złożył stosowne wyjaśnienia, popierając je stosownymi wyliczeniami ujętymi w kosztorysie, wskazując i udowadniając realność zaproponowanej w postępowaniu ceny.

Odwołujący stawiając przedmiotowy zarzut wskazał, iż przyjęta przez przystępującego cena dostawy lamp od producenta Miloo Electronics została przyjęta znacznie poniżej cen rynkowych i nie jest możliwe, ażeby przystępujący faktycznie zdołał nabyć lampy od tego producenta za wskazaną kwotę. Dowodem potwierdzającym podnoszoną okoliczność miała być oferta na oprawy oświetleniowe dla przedmiotowego postępowania złożona trzeciemu wykonawcy uczestniczącemu w tym zamówieniu (dowód nr 5). Jakkolwiek sama oferta prezentuje poziom cenowy zaproponowany innemu wykonawcy, to jednak nie stanowi dowodu, że przystępujący nie otrzymał oferty od tego producenta znacznie korzystniejszej. Ponadto, czemu odwołujący nie zaprzeczył, w jego ofercie (odwołującego) niektóre pozycje zamówienia z pakietu II, prezentują niższe ceny niż te zaoferowane przez przystępującego, co oznacza, że przystępujący zaoferował cenę realną, za którą możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia, a odwołujący wiarygodnego dowodu przeciwnego nie złożył.

Podnieść należy, iż przystępujący w złożonych wyjaśnieniach powołał i wskazał, jaką zastosował stawkę roboczo-godziny, jaki jest zakładany koszt pośredni, koszt zakupów oraz podał szacowany zysk. Wszystkie te elementy zostały szczegółowo rozpisane w kosztorysie, z podaniem konkretnych wartości i czasu na ich realizację. Jak słusznie wskazał zamawiający, przedstawione przez przystępującego wyjaśnienia w sposób kompletny i wyczerpujący wyjaśniają sposób kalkulacji ceny, jak również uwzględniają wszystkie dostrzeżone i przez odwołującego, w treści odwołania, elementy kosztotwórcze.

Jak wskazuje się w orzecznictwie: „Jeżeli cena oferty wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, to wykonawca jest zobowiązany wykazać, że rzetelnie skalkulował cenę w odniesieniu do konkretnego przedmiotu zamówienia. Także w sytuacji, gdy wysokość ceny nie wynika z nadzwyczajnych okoliczności, na wykonawcy spoczywa obowiązek szczegółowego wyjaśnienia, w jaki sposób ją skalkulował i co w niej uwzględnił” (wyrok KIO z dnia 23 maja 2019 r., sygn. akt KIO 840/19).

Okoliczność podnoszona przez odwołującego, jakoby przystępujący miał obowiązek

wskazywania i składania dowodów do wyjaśnień, nie w każdym przypadku znajduje swoje racjonalne uzasadnienie. W przedmiotowym postępowaniu przystępujący załączył do wyjaśnień wskazywany wyżej kosztorys i w ocenie Izby, w tym postępowaniu, treść wyjaśnień poparta kosztorysem w pełni potwierdziła, że cena oferty przystępującego nie jest rażąco niska. W powyższym zakresie należy powołać się na wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie, który w orzeczeniu z dnia 24 czerwca 2019 roku, sygn. akt II Ca 928/19 wskazał, iż „Z przepisów art. 90 ust. 2 i 3 ustawy należy wyprowadzić wniosek, że wykonawca wezwany do wyjaśnienia wysokości ceny oferty może przedłożyć dowody na poparcie swoich twierdzeń, jednak brak dowodów nie deprecjonuje udzielonych wyjaśnień. Liczy się treść tych wyjaśnień, jako oświadczenie własne wykonawcy (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1396/14). Taka sytuacja miała miejsce w niniejszej sprawie co do niektórych pozycji z wezwania. Zasadnie jednak Zamawiający uznał te wyjaśnienia za wystarczające. Jak już wskazano wezwanie do wyjaśnienia wysokości ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stwarza dla wykonawcy faktyczne domniemanie wzruszalne, iż cena jego oferty pozostaje rażąco niską. Wykazanie, że sytuacja taka nie zachodzi - leży po stronie wykonawcy Jeżeli natomiast - tak jak w rozpatrywanie sprawie - zamawiający pozytywnie oceni wyjaśnienia wykonawcy wezwanego, to ciężar udowodnienia, że ocena taka była nieuprawniona - obciąża wykonawcę wnoszącego odwołanie (zob. m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1396/14). W ocenie Sądu Okręgowego, w istocie, w postępowania odwoławczym przed Krajową Izby Odwoławczą odwołujący G. D. nie wykazał, iż czynności Zamawiającego względem oferty (...) były nieprawidłowe i ze szkodą dla odwołującego naruszały wskazywane przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.”.

Odnośnie pozostałej argumentacji odwołującego, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż wynagrodzenie będzie miało charakter ryczałtowy. Oznacza to, że wykonawca, którego oferta będzie wybrana jako najkorzystniejsza, będzie realizował zamówienia i zgodnie z art. 632 KC, nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. W konsekwencji do kalkulacji ceny ofertowej należało przyjąć pewne szacunku rozmiaru pracy, zaś sposób kalkulacji jest wewnętrzną kwestią wykonawcy. Okoliczność zatem, że odwołujący przyjął inne szacunki, nie może stanowić dowodu na nieprawidłowość kalkulacji oferty przystępującego. W ocenie Izby, kalkulacja ceny jest sprawą indywidualną każdego z wykonawców, co przesądza iż stawki dla każdego z wykonawców mogą być zróżnicowane. Oczywistym jest, że wykonawca posiadający infrastrukturę sprzętowo-osobową będzie miał mniejsze koszty realizacji zamówienia, aniżeli wykonawca, które w celu spełnienia wymogów wskazanych w OPZ będzie zmuszony zakupić dodatkowe środki trwałe lub zatrudnić nowy personel. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone w orzecznictwie, cyt. „W trybie wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie jest istotne odnoszenie się do ofert innych podmiotów, które prowadząc własną politykę cenową, kalkulując własne koszty i zakładany zysk, prezentują również indywidualną, subiektywną kalkulację ceny ofertowej. Fakt zatem zaoferowania wyższych cen przez konkurentów, nie jest jeszcze dowodem na złożenie ceny rażąco niskiej w najtańszej, spośród złożonych ofert.” (wyrok KIO z dnia 23 marca 2017 r., sygn. akt KIO 460/17).

Konkludując, w ocenie Izby, przedstawione przez przystępującego wyjaśnienia potwierdzają, że cena zaoferowana przez Europel jest ceną wiarygodną. Ocena istnienia rażąco niskiej ceny nie może doprowadzić do wyeliminowania podmiotu, który z zachowaniem reguł konkurencji, racjonalnej kalkulacji ekonomicznej i gospodarczej jest w stanie zaoferować znacznie tańszą realizację zamówienia od innych konkurencyjnych podmiotów.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: .....