Sygn. akt: KIO 1838/22

WYROK

z dnia 09 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mącka
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2022 r. przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Orange Polska S.A., Elektros Energetyka Sp. z o.o. (Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina Zagrodno (Zagrodno 52, 59-516 Zagrodno)

orzeka:

1) oddala odwołanie,

2) kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Orange Polska S.A., Elektros Energetyka Sp. z o.o. (Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa) i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Orange Polska S.A., Elektros Energetyka Sp. z o.o. (Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa) tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego Gmina Zagrodno (Zagrodno 52, 59-516 Zagrodno) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 906 zł 72 gr (dziewięćset sześć złotych siedemdziesiąt dwa grosze) tytułem zwrotu kosztów dojazdu pełnomocnika Zamawiającego na rozprawę,

2.2. zasądza od Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Konsorcjum: Orange Polska S.A., Elektros Energetyka Sp. z o.o. (Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa) na rzecz Zamawiającego Gmina Zagrodno (Zagrodno 52, 59-516 Zagrodno) kwotę 4506 zł 72 gr (słownie: cztery tysiące pięćset sześć złotych siedemdziesiąt dwa grosze) poniesioną przez Zamawiającego

Gmina Zagrodno (Zagrodno 52, 59-516 Zagrodno) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu pełnomocnika na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1838/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Zagrodno prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gminę Zagrodno w trybie podstawowym bez negocjacji na „Budowa inteligentnego, energooszczędnego oświetlenia drogowego na terenie Gminy Zagrodno wraz z audytem infrastruktury oświetleniowej" - realizowane w systemie zaprojektuj i wybuduj.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 16 maja 2022 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00160981/01.

Odwołujący - Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum wykonawców: Orange Polska S.A., Elektros Energetyka sp. z o.o. wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu:

- zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Energobest, pomimo iż Wykonawca ten nie złożył w wyznaczonym terminie przedmiotowych środków dowodowych określonych w rozdz.

2.3.3 OPZ (tiret dwunasty, dziewiętnasty, dwudziesty, dwudziesty pierwszy, tj. raportu trwałości strumienia światła mierzonej parametrem L90B10, Deklaracji CE, Certyfikatu LVD (PN 60598-1/PN 605982-3, Certyfikatu ENEC+), a także kart katalogowych oferowanych opraw oświetleniowych, a Zamawiający nie przewidział możliwości uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy;

- zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Energobest, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, z uwagi na to, że Zamawiający wymagał w treści oferty skonkretyzowania, jakie oprawy oświetleniowe zaoferował wykonawca poprzez złożenie dokumentów wskazujących, jakie oprawy oświetleniowe zostały zaoferowane, tj. dokumentów określonych w Roz. 2.3.3 OPZ (tiret dwunasty, dziewiętnasty, dwudziesty, dwudziesty pierwszy, tj. raportu trwałości strumienia światła mierzonej parametrem L90B10, Deklaracji CE, Certyfikatu LVD (PN 60598-1/PN 60598-2-3, Certyfikatu ENEC+), a także kart katalogowych oferowanych opraw oświetleniowych, a Wykonawca Energobest takich dokumentów nie złożył, wobec czego z treści oferty nie wynika, jakie oprawy oświetleniowe zostały przez tego Wykonawcę zaoferowane, a w konsekwencji treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. odrzucenia oferty Wykonawcy Energobest z uwagi na niezłożenie przez tego Wykonawcę przedmiotowych środków dowodowych w terminie;

3. odrzucenia oferty Wykonawcy Energobest z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, ze względu na to, że Wykonawca Energobest w treści oferty nie wskazał, jakie oprawy oświetleniowe oferuje;

4. dokonanie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem odrzuconej oferty Wykonawcy Energobest.

W rozdz. 2.3.3 Programu Funkcjonalno-Użytkowego Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą następujących dokumentów:

1) Raport dotyczący trwałości strumienia światła oprawy mierzona parametrem L90B10 dla temperatury TC = 105°C min. 100 000h (zgodnie z IES LM-80 TM-21 - str. 9 PFU - Roz.

2.3.3 tiret dwunaste);

2) Deklarację zgodności CE - str. 10 PFU - Roz. 2.3.3 tiret dziewiętnaste;

3) aktualny certyfikat akredytowanego ośrodka badawczego potwierdzający wykonanie wyrobu zgodnie z Normami zharmonizowanymi z Dyrektywą LVD (PN-EN 60598-1/PN-EN 60598-2-3) oraz zachowanie reżimów produkcji i jej powtarzalności, zgodnie z Typem 5 wg ISO/IEC 17067 - certyfikat ENEC lub równoważny - str. 10 PFU - Roz. 2.3.3 tiret dwudzieste;

4) aktualny certyfikat akredytowanego ośrodka badawczego potwierdzający

wiarygodność podawanych przez producenta parametrów funkcjonalnych deklarowanych w momencie wprowadzenia wyrobu do obrotu, takich jak: napięcie zasilania, klasa ochronności elektrycznej, pobierana moc, skuteczność świetlna, temperatura barwowa, strumień świetlny - certyfikat ENEC+ lub równoważny;

5) karty katalogowe oferowanych opraw oświetlenia zewnętrznego.

Jak wskazał Odwołujący, wymienione wyżej dokumenty nie tylko potwierdzały spełnianie przez oferowane produkty wymagań Zamawiającego, ale też wskazywały, jakie konkretnie produkty zostały zaoferowane, a tym samy stanowiły treść oferty. W konsekwencji zaniechanie złożenia tych dokumentów prowadzi po stronie Zamawiającego do powstania obowiązku odrzucenia oferty, do której nie załączono wymaganych dokumentów, o których mowa powyżej. Zamawiający nie zmodyfikował wymagań określonych w rozdz. 2.3 PFU, w tym Rozdz. 2.3.3 PFU, pomimo pytań dotyczących określonych tam wymagań, co wynika z odpowiedzi na pytania nr 2,3 i 4 z dn. 20 maja 2022 r. Pomimo zaniechania złożenia tych dokumentów przez Wykonawcę Energobest, oferta tego Wykonawcy nie tylko nie została odrzucona, lecz także została wybrana jako najkorzystniejsza, co wprost narusza przepisy ustawy.

Jak dalej wskazał Odwołujący, Zamawiający nie przewidział możliwości wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, o której mowa w art. 107 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym, za termin, w którym należało złożyć przedmiotowe środki dowodowe należy uznać, zgodnie z art. 107 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, termin składania ofert, tj. dzień 10 czerwca 2022 r.

Zdaniem Odwołującego przedmiotowe środki dowodowe nie muszą zostać opisane w SWZ, a przeciwnie praktyką jest to, że takie dokumenty są wskazywane w innych niż SWZ dokumentach zamówienia. Ustawa nie stawia wymagania, aby w SWZ wymienić wszystkie przedmiotowe środki dowodowe inaczej niż w przypadku podmiotowych środków dowodowych, które muszą zostać podane w SWZ (co wynika z art. 281 ust. 2 pkt 3) Pzp). Ustawa nie zawiera także zakazu określenia przedmiotowych środków dowodowych w innych niż SWZ dokumentach zamówienia. Zamawiający w żadnym postanowieniu nie oświadczył, że nie wymaga złożenia przedmiotowych środków dowodowych przez Wykonawców.

Dalej w ocenie Odwołującego - skoro dokumenty zamówienia przewidywały, aby wraz z ofertą złożyć dokumenty konkretyzujące świadczenie wykonawcy w zakresie oferowanych opraw oświetleniowych, to znaczy, że warunki zamówienia nie dopuszczały złożenia oferty, której treść nie konkretyzowała, jakie oprawy oświetleniowe zostały zaoferowane, w sposób wskazany przez Zamawiającego (za pomocą określonych przez Zamawiającego w PFU dokumentów). W konsekwencji w opinii Odwołującego ofertę złożoną przez Wykonawcę Elektrobest należy uznać za niezgodną z warunkami zamówienia z uwagi na to, że jej treść nie wskazywała, jakie oprawy oświetleniowe zostały zaoferowane. Model zaoferowanych opraw oświetleniowych nie wynikał z żadnej innej części oferty.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca Energobest nie złożył następujących dokumentów, na które w treści PFU (będącego załącznikiem SWZ) powołał się Zamawiający:

1) Raport dotyczący trwałości strumienia światła oprawy mierzona parametrem L90B10 dla temperatury TC = 105°C min. 100 000h (zgodnie z IES LM-80 TM-21) - str. 9 PFU - Roz. 2.3.3 tiret dwunaste);

2) Deklarację zgodności CE - str. 10 PFU - Roz. 2.3.3 tiret dziewiętnaste;

3) aktualny certyfikat akredytowanego ośrodka badawczego potwierdzający wykonanie

wyrobu zgodnie z Normami zharmonizowanymi z Dyrektywą LVD (PN-EN 60598-1/PN-EN 60598-2-3) oraz zachowanie reżimów produkcji i jej powtarzalności, zgodnie z Typem 5 wg ISO/IEC 17067 - certyfikat ENEC lub równoważny - str. 10 PFU - Roz.

2.3.3 tiret dwudzieste;

4) aktualny certyfikat akredytowanego ośrodka badawczego potwierdzający

wiarygodność podawanych przez producenta parametrów funkcjonalnych deklarowanych w momencie wprowadzenia wyrobu do obrotu, takich jak: napięcie zasilania, klasa ochronności elektrycznej, pobierana moc, skuteczność świetlna, temperatura barwowa, strumień świetlny - certyfikat ENEC+ lub równoważny;

5) karty katalogowe oferowanych opraw oświetlenia zewnętrznego.

W opinii Odwołującego, oferta Wykonawcy Energobest (wobec niezłożenia przedmiotowych środków dowodowych) powinna zostać odrzucona.

Należy zauważyć, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu nie wskazał, iż żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych. Punkt 5.8.) sekcji V ogłoszenia o zamówieniu - Wykaz przedmiotowych środków dowodowych - nie został wypełniony przez Zamawiającego. Zatem nie można przyjąć, iż Zamawiający wskazał wymagane środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu.

Podstawowym dokumentem zamówienia jest Specyfikacja Warunków Zamówienia. Na mocy art. 281 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzony został obowiązek określenia w treści SWZ opisu sposobu przygotowania oferty. Zamawiający w ust. 4 Rozdziału XIV SWZ zawarł opis sposobu przygotowania ofert oraz wymagania formalne dotyczące składanych oświadczeń. Zamawiający określił, że wraz z ofertą Wykonawca jest zobowiązany złożyć:

1) wypełniony formularz oferty - Załącznik nr 1 do SWZ;

2) oświadczenie, o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o którym mowa w Rozdziale X ust. 1 SWZ - Załącznik nr 2 do SWZ;

3) dowód wniesienia wadium;

4) dokumenty, z których wynika prawo do podpisania oferty; odpowiednie

pełnomocnictwa (jeżeli dotyczy);

5) zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, oraz oświadczenie tego podmiotu potwierdzające brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale XI ust. 3 SWZ (jeżeli dotyczy).

Zamawiający zatem nie zawarł w SWZ obowiązku przedłożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych (wskazanych przez Odwołującego).

Jak wyjaśnił Zamawiający, działanie to uzasadnione jest głównie charakterem prowadzonego postępowania - tryb zaprojektuj i wybuduj. W ocenie Zamawiającego, do przeprowadzenia postępowania nie było niezbędne złożenie przedmiotowych środków dowodowych, a wręcz deklarowanie na etapie składania ofert konkretnych produktów jest przedwczesne. Dopiero tworząc dokumentację projektową, Wykonawca zobowiązany jest do zaproponowania urządzeń spełniających wszystkie cechy określone w Programie Funkcjonalno - Użytkowym. Jak wyjaśnił dalej Zamawiający: „autor opracowania Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU) rzeczywiście wskazał, że certyfikaty opraw, karty katalogowe, deklarację zgodności, i raport dotyczący trwałości strumienia należy złożyć wraz z ofertą, lecz żądanie przedmiotowych środków dowodowych jest fakultatywne, wymaga wskazania ich w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia”.

Przede wszystkim jednak, Zamawiający nie żądał złożenia przedmiotowych środków dowodowych w podstawowych dokumentach zamówienia, tj. w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w części głównej SWZ (pośród innych wymaganych dokumentów).

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub

oświadczeń.

Skoro Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w części głównej SWZ (pośród innych wymaganych dokumentów) nie wskazał, że żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, to nie można uznać, aby Wykonawca Energobest był zobowiązany do ich złożenia. Nie można również uznać, aby ewentualne niezgodności dokumentacji i ewentualne związane z tym wątpliwości negatywnie obciążały Wykonawcę.

Skoro Wykonawca nie był zobowiązany do złożenia przedmiotowych środków dowodowych (wskazanych przez Odwołującego), to ich niezłożenie nie skutkuje koniecznością odrzucenia oferty tego Wykonawcy. Zamawiający zatem nie naruszył powyższego przepisu ustawy.

Nie można również uznać, aby oferta Wykonawcy Energobest była niezgodna z treścią SWZ. Zamawiający nie naruszył zatem art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2a) i 2b)

.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....