

WYROK

Warszawa, dnia 21 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 09 grudnia 2024 r. przez wykonawcę J.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CYPHER J.T. z siedzibą w Ząbkach przy ul. gen. Józefa Hallera 18 (05-091 Ząbki) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Łódź - Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi przy ul. Tuwima 36 (90-002 Łódź)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy SODA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi przy ul. Grunwaldzkiej 33/116 (91-337 Łódź)

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego wykonawcy Light On spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Zygmunta Krasińskiego 18/97 (01-581 Warszawa)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy SODA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SODA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę J.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CYPHER J.T. z siedzibą w Ząbkach tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę J.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CYPHER J.T. z siedzibą w Ząbkach tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez uczestnika wnoszącego sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania tj. wykonawcy SODA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od wykonawcy SODA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi tj. uczestnika wnoszącego sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania na rzecz wykonawcy J.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CYPHER J.T. z siedzibą w Ząbkach kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Miasto Łódź - Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi (zwany dalej: „Zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji pn.: „Modernizacja oświetlenia drogowego na terenie Miasta Łodzi w ramach Programu WFOŚŚiGW EKO Latarnia – III edycja” – numer postępowania DOM-WZP-III.271.39.2024 (zwane dalej: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00548695 z dnia 16 października 2024 r.

Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), (dalej zwanej: „ustawą Pzp”).

W dniu 09 grudnia 2024 r. wykonawca J.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą CYPHER J.T. w Ząbkach (zwany dalej również: „Odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, podjętych w postępowaniu, którym Odwołujący zarzucił niezgodność z przepisami ustawy, tj.:

- 1)czynność wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Soda spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (zwany dalej: „Soda”);
- 2)zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Soda;

We wniesionym środku zaskarżenia Odwołujący postawił Zamawiającemu zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Soda, podczas gdy wykonawca ten w wyniku zastosowania procedury uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. W toku analizy złożonych dokumentów Odwołujący stwierdził, że wykonawca Soda w odpowiedzi na wezwanie nie załączył certyfikatu ENEC oprawy Valentino, a tym samym nie spełnił wymogów SWZ i jego oferta powinna zostać odrzucona.

W oparciu o podniesiony zarzut Odwołujący wniósł o:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty wykonawcy Soda;
- 3.wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, który w niniejszym Postępowaniu złożył ofertę, która byłaby sklasyfikowana na czwartym miejscu w rankingu ofert, gdyby Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Soda. Odwołujący zaoferował cenę 2 136 955,60 zł i 10 lat gwarancji (maksymalny punktowany okres). Odwołujący spełnia także warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu. W konsekwencji w przypadku odrzucenia oferty wykonawcy Soda, oferta Odwołującego zostałaby uznana za korzystniejszą. Konsekwencją wadliwych czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu jest pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i zysku związanego z realizacją przedmiotowego zamówienia publicznego, co stanowi oczywistą szkodę i uzasadnia wniesienie odwołania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania, Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał dostarczenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych w postaci:

- 1.Deklaracja zgodności CE dla zastosowanych opraw;
- 2.Certyfikat ENEC i ENEC+ dla zastosowanych opraw;
- 3.Certyfikat Zhaga D4i;
- 4.Karty katalogowe zastosowanych opraw;
- 5.Obliczenia fotometryczne wykonane w ogólnodostępnych programach dla projektowania oświetlenia Relux lub Dialux w przypadku zastosowania opraw innych niż w projekcie bazowym Zamawiającego.

Następnie Odwołujący podkreślił, że wykonawca Soda złożył ofertę bez wymaganych przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający zgodnie z zapisami SWZ wezwał wykonawcę Soda do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w dniu 08 listopada 2024 r. wskazując, iż Zamawiający żądał złożenia przez wykonawców następujących przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia zgodności oferowanych produktów z wymaganiami Zamawiającego tj.

- 1.Deklaracja zgodności CE dla zastosowanych opraw;
- 2.Certyfikat ENEC i ENEC+ dla zastosowanych opraw;
- 3.Certyfikat Zhaga D4i;
- 4.Karty katalogowe zastosowanych opraw;
- 5.Obliczenia fotometryczne wykonane w ogólnodostępnych programach dla projektowania oświetlenia Relux lub Dialux w przypadku zastosowania opraw innych niż w projekcie bazowym Zamawiającego.

Jak wskazał Odwołujący, wykonawca Soda w dniu 13 listopada 2024 r. udzielił odpowiedzi i załączył przedmiotowe środki dowodowe. Odwołujący argumentował, iż w toku dokonanej przez niego analizy złożonych dokumentów stwierdził on, że wykonawca Soda w odpowiedzi na wezwanie nie załączył certyfikatu EneC oprawy Valentino, a tym samym nie spełnił wymogów SWZ i jego oferta powinna zostać odrzucona.

W dniu 13 grudnia 2024 r. w ramach przedmiotowego postępowania zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Soda spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi(zwany dalej: „Przystępującym”). Natomiast w dniu 15 grudnia 2024 r. swoje przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Light On spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Działając w imieniu i na rzecz Zamawiającego, w dniu 13 grudnia 2024 r. odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż Zamawiający uznaje zarzuty odwołania złożonego przez Odwołującego.

W dniu 07 stycznia 2025 r. Przystępujący przedłożył pismo procesowe, w którym złożył sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania wykonawcy J.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą

CYPHER J.T. w Ząbkach.

W dniu 14 stycznia 2025 r. do akt sprawy wpłynęło pismo procesowe Przystępującego, w którym odniósł się zarzutów i argumentów Odwołującego wskazanych w odwołaniu, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Następnie w dniu 17 stycznia 2025 r. na posiedzeniu Przystępujący złożył dodatkowe pismo procesowe, w którym również wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając dalszą argumentację na poparcie swojego stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego wykonawcy Soda spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz uczestników postępowania wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz pismach procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. i skierowała odwołanie na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia wykonawcy Soda spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi oraz wykonawcy Light On spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Nie zgłosiły również opozycji. Izba nie uwzględniła wniosku przedstawionego na posiedzeniu przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego tj. Soda spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, dotyczącego zgłoszenia opozycji wobec przystąpienia zgłoszonego po stronie Odwołującego przez wykonawcę Light On spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Izba stwierdziła, mając na uwadze treść art. 526 ust. 1 ustawy Pzp, tj., iż opozycje przeciw przystąpieniu innego wykonawcy zgłosić może Zamawiający lub Odwołujący, że wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego opozycję zgłosić nie może, ponieważ jest uczestnikiem postępowania odwoławczego, a nie stroną tego postępowania.

Dlatego też Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę Soda spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi oraz po stronie Odwołującego wykonawcę Light On spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pism procesowych złożonych przez Przystępującego. Izba postanowiła również, dopuścić dowody od nr 1 do nr 5 złożone przez Przystępującego na rozprawie.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający Miasto Łódź - Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację oświetlenia drogowego na terenie Miasta Łodzi w ramach Programu WFOSiGW EKC Latarnia – III edycja.

W punkcie 7 SWZ Zamawiający wskazał informacje o przedmiotowych środkach dowodowych. W dniu 17 października 2024 r. Zamawiający dokonał zmiany treści SWZ m.in. dokonując zmiany punktu 7 wskazując iż:

„Pkt 7 Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych otrzymuje brzmienie:

7.1 Zamawiający żąda złożenia przez Wykonawców następujących przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia zgodności oferowanych produktów z wymaganiami Zamawiającego.

1. Deklaracja zgodności CE dla zastosowanych opraw;

2. Certyfikat ENEC i ENEC+ dla zastosowanych opraw;

3. Certyfikat Zhaga D4i;

4. Karty katalogowe zastosowanych opraw;

5. Obliczenia fotometryczne wykonane w ogólnodostępnych programach dla projektowania oświetlenia Relux lub Dialux w przypadku zastosowania opraw innych niż w projekcie bazowym Zamawiającego.

7.2 Przedmiotowe środki dowodowe Wykonawca składa wraz z ofertą.

7.3 Jeżeli Wykonawca nie złożył wymaganych przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie (...).”

W postępowaniu oferty złożyło 13 wykonawców, w tym Odwołujący, Przystępujący i wykonawca Light On spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszający przystąpienie po stronie Odwołującego.

W dniu 08 listopada 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych wskazując iż: „Zamawiający zgodnie z zapisami SWZ (pkt 7.2 SWZ) żądał złożenia przedmiotowych

środków dowodowych wraz z ofertą. Wykonawca nie dołączył wymaganych dokumentów do złożonej w dniu 31.10.2024 r. oferty.”

Pismem z dnia 04 grudnia 2024 r Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta Przystępującego. Z taką decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący, składając odwołanie.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit c) i ust. 5:

„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

2) została złożona przez wykonawcę: (...)

c) 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;(...)

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.”

Zgodnie punktem 7 SWZ, którego treść została zmieniona przez Zamawiającego w dniu 17 października 2024 r., Zamawiający żądał złożenia przez Wykonawców przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia zgodności oferowanych produktów z wymaganiami Zamawiającego tj.:

1. Deklaracja zgodności CE dla zastosowanych oprav;

2. Certyfikat ENEC i ENEC+ dla zastosowanych oprav;

3. Certyfikat Zhaga D4i;

4. Karty katalogowe zastosowanych oprav;

5. Obliczenia fotometryczne wykonane w ogólnodostępnych programach dla projektowania oświetlenia Relux lub Dialux w przypadku zastosowania oprav innych niż w projekcie bazowym Zamawiającego.

Nie ulega wątpliwości, że tak dokonana zmian SWZ przez Zamawiającego w obrębie przedmiotowych środków dowodowych była obowiązująca i wiążąca dla wszystkich potencjalnych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Pomiędzy stronami okolicznością bezsporną było to, że Przystępujący w wyniku wezwania przez Zamawiającego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych udzielając odpowiedzi na wezwanie załączył Certyfikat Enec+, a nie załączył certyfikatu Enec. Przystępujący przyznał to zarówno w piśmie procesowym z dnia 14 stycznia 2025 r., jak i również na rozprawie.

Przystępujący w swojej argumentacji wskazywał na uregulowania znajdujące się w Programie Funkcjonalno Użytkowym, które zdaniem Przystępującego wskazują, iż wymóg złożenia przedmiotowych środków dowodowych określono dla potwierdzenia równoważności oprav. A więc na tej podstawie, zdaniem Przystępującego, wykonawca zobligowany był do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. certyfikatu Enec i Enec+, jedynie w sytuacji, gdy składając ofertę zaoferuje w niej rozwiązania równoważne. Przystępujący również podkreślił, że powyższe regulacje jego zdaniem jednoznacznie wskazują, że dla ofert zawierających oprawy referencyjne wymóg przedstawionych przedmiotowych środków dowodowych ogranicza się co najwyżej przedstawienia obliczeń fotometrycznych. Izba nie podzieliła tak przedstawionej argumentacji Odwołującego. Jak wynika z punktu 7 SWZ Zamawiający wskazał, że żąda przedstawienia przedmiotowych środków dowodowych, które następnie enumeratywnie wymienił. Brak jest w przywołanym punkcie 7 jakiegokolwiek informacji, że w przypadku, gdy wykonawca zaoferuje rozwiązanie referencyjne to z dostarczenia wskazanych przedmiotowych środków dowodowych jest zwolniony. Dlatego też stanowisko reprezentowane przez Przystępującego w tym zakresie jest zbyt daleko idące, ale przede wszystkim nie znajdujące odzwierciedlenia w zebranych materiale dowodowym. Ponadto dostrzeżenia wymaga, zgodnie z tym co twierdził Przystępujący, iż w Programie Funkcjonalno Użytkowym uregulowano wymagania w zakresie ofert równoważnych i wymaganych dokumentów potwierdzających tą równoważność, jednakże biorąc pod uwagę literalne brzmienie tych postanowień nie można na tej podstawie wywieść, że Zamawiający takich dokumentów nie wymaga również w zakresie ofert, które nie zawierają produktów równoważonych, zwłaszcza uwzględniając uregulowania punktu 7 SWZ.

W następującej kolejności Przystępujący podnosił argumentację wskazującą na to, iż złożenie przez Przystępującego certyfikatu Enec+, po pierwsze potwierdza posiadanie certyfikatu Enec, po drugie zaś konsumuje obowiązek jego przedłożenia, jako dokument potwierdzający spełnienie wymagań technicznych, wymaganych dla uzyskania certyfikatu Enec. Przystępujący na poparcie swojego stanowiska złożył na rozprawie dowody m.in. jednym z nich był certyfikat Enec, czy dowód wskazujący jakie informacje zawiera certyfikat Enec i co można zweryfikować w oparciu o certyfikat Enec. Izba dostrzega licznie złożone dowody, jednakże w tym przypadku należy uznać tą

argumentację z spóźnioną. Zamawiający w punkcie 7 SWZ wprost wskazał, co uznał za przedmiotowe środki dowodowe, dlatego należy je za takie przyjąć w świetle brzmienia dokumentacji postępowania. Zamawiający wskazał, że wymaga w przedmiotowych środkach dowodowych m.in. certyfikatu EneC i EneC+ dla zastosowanych opraw, więc wykonawca na tej podstawie zobowiązany był dostarczyć oba te certyfikaty, na co również wskazuje spójnik „i” pomiędzy obydwoma certyfikatami. Dlatego należy podkreślić, że jeśli Przystępujący miał jakiegokolwiek wątpliwości co do wskazanych przez Zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych przejawiające się, chociażby w zasadności wymagania przez Zamawiającego certyfikatu EneC i certyfikatu EneC+, mając na uwadze argumentację przedstawioną w pismach procesowych i na rozprawie mógł zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienia SWZ lub nawet złożyć odwołanie na postanowienia zawarte w SWZ. Przystępującego nie uczynił w określonych przez ustawę Pzp terminach, w związku z tym na obecnym etapie treść SWZ nie podlega zmianie, jest wiążąca dla wszystkich wykonawców, a przedstawioną w tym zakresie argumentację Przystępującego, skład orzekający uznał za spóźnioną.

Reasumując, Izba doszła do przekonania iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, ponieważ wskazane przez Odwołującego zarzuty potwierdziły się.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 2) w związku z § 2 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: