Sygn. akt: KIO 4179/24

WYROK

Warszawa, 27 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej12 listopada 2024 r. przez wykonawcę Marcina Mroza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „EL-M" M.M. z siedzibą w Kosowie Lackim przy ul. Leśnej 3(08-330 Kosów Lacki) w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Siemiatycze z siedzibą w Siemiatyczach przy ul. T.K. 88 (17-300 Siemiatycze)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Linter Energia spółki
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie przy ul. T.B. 23 (35-105 Rzeszów)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2 . Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Marcina Mroza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „EL-M" M.M.
z siedzibą w Kosowie Lackim i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty ww. wykonawcy poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od wykonawcy Marcina Mroza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „EL-M" M.M. z siedzibą w Kosowie Lackimna rzecz zamawiającego Gminy Siemiatycze kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu 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.

Przewodniczący:…….

Sygn. akt: KIO 4179/24

U z a s a d n i e n i e

Gmina Siemiatycze zwana dalej „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp",
w trybie podstawowym, pn.: *Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie gminy Siemiatycze*o numerze: RG.271.9.2024, zwane dalej „postępowaniem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 6 września 2024 r., pod numerem 2024/BZP 00488916.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

12 listopada 2024 r. wykonawca M.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „EL-M" M.M. z siedzibą w Kosowie Lackim(zwany dalej: „odwołującym") wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że powyższa czynność została dokonana
z naruszeniem:
1) art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp przez nieodrzucenie oferty wykonawcy Linter Energia Sp. z.o.o.
z siedzibą w Rzeszowie, która podlegała odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia;
2) art. 107 ust. 3 Pzp przez wezwanie do uzupełnienia przez wykonawcę Linter Energia Sp.
z o.o. podmiotowego środka dowodowego, mimo iż ustawa tego zabrania w sytuacji, kiedy potwierdza on spełnianie

parametrów stanowiących kryterium oceny ofert;
3) art. 16 pkt 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ze względu wybór oferty która podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- odrzucenia oferty wykonawcy Linter Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie;
- dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;
- wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że powyższe uchybienia doprowadziły do naruszenia jego interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i naraziły go przy tym na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał, że jego oferta była najkorzystniejsza spośród wszystkich złożonych ofert, gdyby zamawiający odrzucił wybraną ofertę – odwołujący realizowałby przedmiotowe zamówienie. Zdaniem odwołującego wybór wykonawcy Linter Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, pozbawił go możliwości uzyskania zamówienia i pozbawia go przez to możliwości osiągnięcia zysku, zatem poniósł szkodę w wyniku bezprawnego działania zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania, odwołujący przedstawił stanowisko odnoszące się do podniesionych zarzutów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Linter Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie. Wykonawca ten w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienie zawarł stanowisko dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

22 listopada 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie,
w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego przez wykonawcę Linter Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (zwanego dalej: „przystępującym"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

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

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:
1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 19 listopada 2024 r., w tym w szczególności:
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej jako: „SWZ") wraz z załącznikami;
- ofertę złożoną przez przystępującego;
- wezwanie z 9 października 2024 r. skierowane do przystępującego na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp;
- przedmiotowe środki dowodowe uzupełnione przez przystępującego 14 października 2024 r. (w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie);
- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z 6 listopada 2024 r.;
2) kartę katalogową załączoną do odwołania;
3) dokumenty złożone przez odwołującego na posiedzeniu:
- wniosek o odrzucenie oferty przystępującego z 22 października 2024 r., wniesiony przez odwołującego oraz odpowiedź zamawiającego z 24 października 2024 r. na przedmiotowy wniosek (dokumenty te znajdowały się w aktach sprawy i zostały przesłane przez zamawiającego wraz z dokumentacją 19 listopada 2024 r.);
- wyciąg z dokumentacji przetargowej dotyczącej postępowania prowadzonego przez Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego.

Izba ustaliła co następuje

Postanowienia odnoszące się do przedmiotowych środków dowodowych zostały określone w rozdziale VIII SWZ. Rozdział ten posiadał następującą treść:

VIII.Przedmiotowe środki dowodowe składane wraz z ofertą:

W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych:

1.Certyfikat ENEC,ENEC+,ZD4i lub równoważne wg opisu PFU

2. Karty katalogowe oferowanych opraw przez Wykonawcę zawierające takie parametry :

moc oprawy [W], skuteczność oprawy [Lm/W], temperatura barwowa [K],IP,IK, Klasa izolacji

Uwaga!

Zamawiający zastrzega, że przedmiotowe środki dowodowe podlegają uzupełnieniu po terminie składania ofert. Uzupełnienie nie może prowadzić do zmiany treści pierwotnie złożonej oferty.

Kryteria oceny ofert przedstawione zostały w rozdziale XVI SWZ. Kryteriami tymi były:

- Cena – waga 60%;
- Wydłużony Okres gwarancji – waga 20%;
- Kryterium skuteczności świetlnej Lm/W – waga 20%.

Kryterium skuteczności świetlnej zostało opisane w ust. 4 ww. rozdziału SWZ. W ramach tego kryterium ocenie podlegała skuteczność świetlna wg poniższej punktacji:

- 145,00 lm/W – 0 pkt;
- od 145,01 lm/W do 155,00 lm/ W – 5 pkt;
- od 155,01 lm/W do 165,00 Lm/W – 10 pkt;
- od 165,01 lm /W – w górę – 20 pkt.

W powyższym kryterium oferta mogła uzyskać maksymalnie 20 pkt.

Ponadto w pkt 4.1 rozdziału XVI SWZ zamawiający wskazał, że*Brak wskazania (brak zaznaczenia w formularzu ofertowym) przez Wykonawcę kryterium skuteczności świetlnej lm/W zostanie uznany jako zamiar spełnienia podstawowych wymagań w tym zakresie,*

w powyższy przypadku Zamawiający przyzna 0 punktów w ww. kryterium.

Ponadto jako załącznik nr 1 do SWZ został określony wzór formularza ofertowego, który na str. 1-2 zawierał tabelkę do wypełnienia przez wykonawców, odnoszącą się do wszystkich kryteriów oceny ofert (w tym kryterium skuteczności świetlnej Lm/W).

Oferty w postępowaniu złożyło dwóch wykonawców: odwołujący i przystępujący.

W złożonym formularzu ofertowym przystępujący w zakresie kryterium skuteczności świetlnej Lm/W wskazał: *Oferujemy skuteczność świetlną w wysokości 180,00 lm/W*. Ponadto przystępujący wraz z ofertą nie złożył przedmiotowych środków dowodowych.

Pismem z 9 października 2024 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp do złożenia przedmiotowych środków dowodowych:

1. Certyfikatu ENEC, ENEC+, ZD4i lub równoważne wg opisu PFU.
2. Kart katalogowych oferowanych opraw zawierających następujące parametry: moc oprawy [W], skuteczność oprawy [Lm/W], temperatura barwowa [K],IP,IK, Klasa izolacji.

Przystępujący 14 października 2024 r. złożył przedmiotowe środki dowodowe, w tym kartę katalogową oferowanej oprawy.

6 listopada 2024 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez przystępującego. Oferta przystępującego uzyskała 80 pkt (60 pkt w kryterium Cena, 20 pkt

w kryterium Wydłużony okres gwarancji oraz 0 pkt w Kryterium skuteczności świetlnej Lm/W). Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu (otrzymała ona 75,11 pkt).

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna*

z warunkami zamówienia;

- art. 107 ust. 3 Pzp – *Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.*;
- art. 16 pkt 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy miało ustalenie czy przedmiotowe środki dowodowe (w tym przede wszystkim karty katalogowe) były wymagane przez zamawiającego w celu oceny ofert w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert pn. *Kryterium skuteczności świetlnej Lm/W*. W ocenie składu orzekającego z postanowień SWZ jednoznacznie wynikało, że przedmiotowe środki dowodowe (w tym karty katalogowe) nie miały być składane w celu oceny ofert w kryteriach pozacenowych w tym *Kryterium skuteczności świetlnej Lm/W.* W treści SWZ nie zostały wskazane żadne informacje, które prowadziłby do wniosku, że na podstawie przedmiotowych środków dowodowych zamawiający miał przyznawać punkty w ramach ww. kryterium. Postanowienia SWZ (rozdział XVI pkt 4.1) wyraźnie wskazywały, że przyznanie punktów w tamach ww. kryterium następowało przez złożenie odpowiedniej deklaracji przez wykonawcę w formularzu ofertowym. Przy czym nawet jeśli w formularzu ofertowym, wykonawca nie zaznaczyłby (nie wskazał) żadnego z wariantów ustalonego przez zamawiającego w zakresie kryterium, to oferta tego wykonawcy i tak nie zostałaby odrzucona tylko uzyskałaby 0 punktów. Tym samym argumentacja odwołującego wskazująca, że punkty za to kryterium zamawiający miał przyznawać w oparciu o dane zawarte w karcie katalogowej, okazała się chybiona.

Co istotne zamawiający w rozdziale VIII SWZ jasno wskazał, że przedmiotowe środki dowodowe podlegają uzupełnieniu po terminie składania ofert. Tym samym w przypadku, gdy dany wykonawca nie złożyłby przedmiotowego środka dowodowego, zamawiający powinien wezwać takiego wykonawcę do jego uzupełnienia. Jedynym zastrzeżeniem było to, że takie uzupełnienie nie mogło prowadzić do zmiany treści pierwotnie złożonej ofert. Izba nie miała przy tym wątpliwości, że zamawiający w sposób prawidłowy wezwał przystępującego pismem z 9 października 2024 r. do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych wymaganych zgodnie z rozdziałem VIII SWZ, które pierwotnie nie zostały złożone wraz z ofertą. Uzupełnione przedmiotowe środki dowodowe potwierdziły, że oferta była zgodna z warunkami zamówienia. Ponadto uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych przez przystępującego nie doprowadziło do zmiany treści pierwotnie złożonej oferty. W konkluzji dla tej części uzasadnienia Izba stwierdziła, że zamawiający wymagał złożenia przedmiotowych środków dowodowych wyłącznie w celu zbadania czy oferta spełniała warunki zamówienia i w tym kontekście należało ocenić czynność wezwania przystępującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych oraz uzupełnione przez tego wykonawcę przedmiotowe środki dowodowe. W związku z tym skład orzekający uznał, że uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych przez przystępującego służyło badaniu oferty tego wykonawcy pod kątem warunków zamówienia – wymagań technicznych postawionych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. W ocenie składu orzekającego gdyby zamawiający zaniechał wezwania przystępującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych mimo, że zastrzegł możliwość ich uzupełnienia po terminie składania ofert to *de facto* nie mógłby zbadać oferty przystępującego pod kątem jej zgodności z warunkami zamówienia. Zamawiający prawidłowo wezwał przystępującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych przez co mógł zbadać ofertę tego wykonawcy.

W dalszej kolejności zamawiający w toku badania oferty przystępującego uznał, że spełniała ona warunki zamówienia. Tymczasem odwołujący stawiając zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp nie przedstawił argumentów czy dowodów na to, że oferta przystępującego nie spełniała warunków zamówienia i powinna zostać odrzucona.

W ocenie składu orzekającego całość argumentacji odwołującego opierała się na fakcie nieprzyznania przez zamawiającego punktów ofercie przystępującego w *Kryterium skuteczności świetlnej Lm/W.* Zamawiający rzeczywiście przyznał ofercie przystępującego 0 pkt w tym kryterium, jednakże odwołujący wyciągnął zbyt daleko idące wnioski z tej okoliczności. Izba rozstrzygając przedmiotową sprawę oparła się na zebranym materiale dowodowym w tym na dokumentacji przetargowej obejmującej m. in. SWZ. Jak wskazano powyżej z SWZ nie wynikało, że w punkty w ramach kryterium oceny ofert dotyczącego skuteczności świetlnej, miały być przyznawane na podstawie składanych przedmiotowych środków dowodowych. Tym samym przedmiotowe środki dowodowe nie miały na celu potwierdzać parametrów wskazanych w ramach kryterium pozacenowego. W związku z tym zamawiający nie mógł i nie dokonał oceny oferty przystępującego w ramach kryterium skuteczności świetlnej na podstawie przedmiotowych środków dowodowych. Powinien to zrobić na podstawie deklaracji złożonej w formularzu ofertowym. To, dlaczego zamawiający nie przyznał punktów ofercie przystępującego w ramach *Kryterium skuteczności świetlnej Lm/W* pozostawało w okolicznościach przedmiotowej sprawy poza oceną Izby. Izba

w przedmiotowej sprawie rozpoznawała zarzuty związane z zaniechaniem odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz czynnością wezwania przystępującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. Przedmiotem odwołania nie było rozstrzygniecie w zakresie tego czy zamawiający prawidłowo przyznał punkty ofercie przystępującego w ramach oceny ofert. W związku z tym nieprzyznanie ofercie przystępującego punktów w ramach *Kryterium skuteczności świetlnej Lm/W* nie potwierdzało argumentacji odwołującego i w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie mogło skutkować uznaniem, że przedmiotowe środki dowodowe służyły

ocenie ofert w ramach tego kryterium. Izba uznała, że zamawiający nie mógł ocenić oferty przystępującego w zakresie *Kryterium skuteczności świetlnej Lm/W* na podstawie przedmiotowych środków dowodowych, nie zrobił tego, a nieprzyznanie punktów w tym kryterium ofercie przystępującego pozostawało bez znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Na marginesie Izba wskazała, że nawet jeśli przedmiotowe środki dowodowe miały być brane pod uwagę przez zamawiającego przy ocenie oferty przystępującego w *Kryterium skuteczności świetlnej Lm/W* to i tak oferta przystępującego nie mogła zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia. W tym zakresie należałoby oddzielić badanie oferty
w zakresie jej zgodności z warunkami zamówienia od oceny oferty w kryterium pozacenowym. W takiej sytuacji w zakresie badania oferty pod katem zgodności z warunkami zamówienia zamawiający powinien wezwać przystępującego do uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych, ponieważ taką możliwość przewidział w SWZ. Przy czym tych uzupełnionych przedmiotowych środków dowodowych zamawiający nie mógłby wziąć pod uwagę w zakresie oceny oferty w ramach kryterium pozacenowego. Opisana powyżej sytuacja nie wystąpiła
w okolicznościach przedmiotowej sprawy tj. przedmiotowe środki dowodowe nie służyły ocenie oferty w kryterium pozacenowym, a została przywołana jedynie jako pomocniczy argument wskazujący na to, że zarzuty podniesione w odwołaniu i tak nie mogły znaleźć potwierdzenia.

Argumentacji odwołującego nie potwierdziły również złożone przez niego dowody. Dowody te stanowiły albo element dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego albo dotyczyły jednego z orzeczeń Izby przywołanego przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Dowody te okazały się nieprzydatne na potrzeby rozstrzygnięcia i żaden sposób nie potwierdzały słuszności argumentacji podniesionej przez odwołującego. Tym samym Izba pominęła przedmiotowe dowody.

W konsekwencji Izba oddaliła podniesione w odwołaniu zarzuty, dotyczące naruszenia art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp, art. 107 ust. 3 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz koszty poniesione przez odwołującego
i zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Jednocześnie Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika (na podstawie rachunku złożonego na rozprawie).

Przewodniczący:…….