

WYROK

z dnia 3 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2023 r. przez wykonawcę

ETO SYSTEM Sp. z o.o. w Olsztynie ubiegającego się o zamówienie w postępowaniu prowadzonym przez
Gmina Nidzica

orzeka:

1. **Odrzuca odwołanie** w zakresie zarzutu nieodtajnienia i nieudostępnienia dokumentów tj. deklaracji zgodności UE i deklaracji właściwości użytkowych produktów złożonych przez RMS sp. z o.o. w Ropczycach;
2. **Oddala odwołanie** w pozostałym zakresie;
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w ich poczet poniesione przez odwołującego kwoty: 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu, 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 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:.....

UZASADNIENIE

Gmina Nidzica (Pl. Wolności 1, 13-100 Nidzica) (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: Ustawa lub Pzp) w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 Pzp postępowanie na: zakup i montaż lamp solarnych. Numer referencyjny: TI.271.4.2023 (dalej Postępowanie). Opis warunków zamówienia określa specyfikacja warunków zamówienia (dalej SWZ).

W dniu 19 czerwca 2023 r. ETO SYSTEM Sp. z o.o. (ul. Towarowa 13, 10-416 Olsztyn) (dalej Wykonawca lub Odwołujący) złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie odwołanie od niezgodnych z przepisami Ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego: wyboru najkorzystniejszej oferty RMS Polska Sp. z o.o.; czynności badania i oceny ofert; zaniechania odrzucenia oferty RMS Polska Sp. z o.o.; utajnienia i zaniechania udostępnienia w całości deklaracji zgodności UE i deklaracji właściwości użytkowych produktów złożonych przez RMS Polska Sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty RMS SP. z o.o., w sytuacji, gdy oferta powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia, a tym samym nie może być ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji;
- b) art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez:
 - nieprawidłową ocenę złożonych przez RMS Sp. z o.o. wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferowany akumulator nie spełnia wymagania 4-dniowej autonomii świecenia oprawy wymaganej przez Zamawiającego w rozdz. III pkt 2 ppkt 1 i 3 SWZ oraz oferowany moduł fotowoltaiczny nie spełnia wymagania w zakresie minimalnej mocy jak i wymagania zapewnienia autonomii minimum 4 nocy wymaganych przez Zamawiającego w rozdz. III pkt 2 ppkt 2 SWZ,
 - uznanie, że oferta RMS Sp. z o.o. jest zgodna z warunkami zamówienia bez wezwania Wykonawcy do wyjaśnień w sytuacji, gdy z treści oferty wynika, że Wykonawca zaoferował akumulator bez wskazania w specyfikacji obudowy czy spełnia ona wymóg Zamawiającego określony w rozdz. III pkt 2 ppkt 3, czyli czy zapewnia odporność na mróz i wodę.
- c) zaniechanie odrzucenia oferty RMS SP. z o.o., w sytuacji gdy jej treść nie jest zgodna z warunkami zamówienia, tj. rozdz. III pkt 2 ppkt 1, 2 i 3 SWZ;
- d) art. 18 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp przez dokonanie i zakończenie czynności badania i oceny ofert w sytuacji, gdy nie dokonał Zamawiający czynności mogącej mieć wpływ na wynik postępowania tj. odtajnienia i udostępnienia

dokumentów, tj. deklaracji zgodności UE i deklaracji właściwości użytkowych produktów złożonych przez RMS Polska Sp. z o.o., a tym samym naruszenie przez Zamawiającego zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. zasady jawności postępowania, zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności badania i oceny ofert; unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; powtórzenie czynności badania i oceny ofert; odrzucenie oferty RMS Polska Sp. z o.o..

Wykonawca wnosił o dopuszczenie dowodu z: opinii technicznej z dnia 12.05.2023 r., opinii technicznej z dnia 19.06.2023 r., karty produktu akumulatora JLFP12-120B, artykułu „Autonomia zasilania w kontekście niezawodności systemu telekomunikacji mobilnej” autorstwa Jarosława Szut - na okoliczność znaczenia terminu „autonomia” oraz niespełniania przez produkty RMS Sp. z o.o. wymagań Zamawiającego w zakresie autonomii akumulatorów i modułu fotowoltaicznego oraz opinii biegłego z zakresu elektryki, elektroenergetyki, instalacji i urządzeń fotowoltaicznych na okoliczność znaczenia terminu „autonomia” oraz niespełniania przez produkty RMS Sp. z o.o. wymagań zamawiającego w zakresie autonomii akumulatorów i modułu fotowoltaicznego o dopuszczenie dowodu.

Według oświadczeń Odwołującego i Zamawiającego z rozprawy pojęcie „autonomia” nie jest sporne, stąd Izba oddaliła powyższe wnioski.

Pismem z dnia 26 czerwca 2023 r. Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba odrzuciła odwołanie w zakresie zarzutu utajnienia i nieudostępnienia dokumentów RMS sp. z o.o. i oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentacji zamówienia uwzględniając stanowiska i oświadczenia stron zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa RMS sp. z o.o., że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w Ustawie na zaskarżenie opisanych w nich czynności lub zaniechań Zamawiającego i w tym zakresie umorzyła postępowanie.

W pozostałym zakresie Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Ustawy tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności i zaniechania Zamawiającego. Jednak ze względu na nie wykazanie zaistnienia naruszeń Ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na pozyskanie zamówienia Izba oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie.

W odniesieniu do zastrzeżenia tajemnicy dokumentów RMS sp. z o.o. Izba w oparciu o dokumenty zamówienia ustaliła, że:

- 1.4 maja 2023 r. Zamawiający zwrócił się do RMS sp. z o.o. z zapytaniem związanym z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa przez RMS sp. z o.o.;
- 2.5 maja 2023 r. RMS sp. z o.o. udzielił wyjaśnień;
3. W związku z udzieleniem wyjaśnień przez RMS sp. z o.o. Zamawiający 9 maja 2023 r. dokonał oceny zastrzeżenia przez RMS sp. z o.o. tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie dokumentów, których ujawnienia żąda Odwołujący i stwierdził, że spełnia ono przesłanki wymagane do uwzględnienia zastrzeżenia, czemu dał wyraz w protokole wewnętrznym stanowiącym dokumentację zamówienia;
- 4.23 maja 2023 r. Odwołujący zwrócił się z wnioskiem o udostępnienie mu dokumentów RMS sp. z o.o. do Zamawiającego;
- 5.24 maja 2023 r. Zamawiający odwołując się do treści protokołu wewnętrznego z dnia 9 maja 2023 r. odmówił Wykonawcy udostępnienia dokumentów RMS sp. z o.o. ze względu na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa;
6. Odwołanie od czynności zastrzeżenia tajemnicy i odmowy udostępnienia dokumentów złożone zostało 16 czerwca 2023r.
7. Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 Pzp.

Zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt. 2) Ustawy odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie: 2) 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne. Odwołujący powziął wiadomość o utajnieniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa 24 maja 2023 r. a odwołanie złożono 16 czerwca 2023 r. a więc po upływie terminu określonego na wniesienie środka zaskarżenia.

Tym samym Izba zgodnie z art. 528 pkt. 3) w zw. z art. 515 ust. 3 pkt 2) Ustawy odrzuciła odwołanie we wskazanym w wyroku zakresie.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania, co do zasady nie był nie sporny. Spór sprowadzał się do oceny treści SWZ w kontekście złożonych przez RMS sp. z o.o.

dokumentów i wyjaśnień. W zakresie niezgodności oferty RMS sp. z o.o. z warunkami zamówienia sprowadzał się do oceny kwestionowanych zapisów SWZ.

Izba ustaliła, że zgodnie z SWZ Rozdział III opis przedmiotu zamówienia, punkt 2 wymagane parametry lamp: „Zamówienie polega na zakupie i montażu łącznie 26 latarni z fundamentem, słupem, oprawą LED zasilaną energią słoneczną panelem słonecznym, akumulatorami i osprzętem do prawidłowego ich działania. Do realizacji zaplanowano oświetlenie punktowe przy drogach i terenach gminnych o małym znaczeniu komunikacyjnym. Wymagania techniczne lampy solarnej:

1)oprawa LED o mocy min. 30 W, IP min. 65, strumień świetlny min. 4800 lm, temperatura barwowa z zakresu 3000-6000K, żywotność źródła światła min. 50000 h, **czas autonomii min. 4 dni, czas pracy lampy min. 12 godz./dobę w warunkach jesienno-zimowych, (w przypadku zastosowania oprawy o większej mocy oprawa może posiadać system sterowania w celu oszczędzania energii - np. lampa będzie świecić w trybie 50% mocy z włączeniem na większą moc za pomocą czujnika ruchu)**

2)panel (kierunkowy - z regulacją położenia) monokrystaliczny o mocy min. 120 W, (lub większy **zapewniający zakładaną autonomię 4 nocy.**

3)akumulator **litowo-żelazowo-fosforanowy (LiFeP04) głębokiego rozładowaniaw szczelnej mrozoodpornej i wodoodpornej obudowie, zestaw akumulatorowy zapewniający zakładaną autonomię 4 nocy.**

4)słup stalowy cynkowany ogniowo cylindryczno-stożkowy lub ośmiokątny o wysokości min. 6,0m do zamontowania oprawy solarnej (bez wysięgnika lub z wysięgnikiem jednoramiennym), średnica słupa przy podstawie minimum fi 146, podstawa słupa o wymiarach min. 240x240mm, rozstaw śrub min. 160x160. Słup dostosowany dla I strefy wiatrowej. Słup powinien być dostosowany do montażu oferowanego zestawu oprawy i panelu słonecznego z osprzętem oraz posiadać deklaracje właściwości użytkowych sygnowaną znakiem CE wystawiona przez producenta.

5)fundament betonowy prefabrykowany, końce śrubowe cynkowane ogniwo, wysokość fundamentu min. 120cm, wymiary przekroju min. 26x26cm (wymiarów dostosowane do zastosowanego przez wykonawcę słupa lampy solarnej). Dobór rodzaju i wymiarów fundamentu jest uzależniony od warunków posadowienia, a obowiązek prawidłowego ich doboru spoczywa na wykonawcy.

3.Oferowane produkty muszą spełniać wszelkie normy techniczne dopuszczające produkt do obrotu i użytkowania na terenie Polski, co winno zostać potwierdzone deklaracjami zgodności UE i deklaracjami właściwości użytkowych.”

Izba ustaliła, że karta produktu – charakterystyka lampy solarnej oferowanej przez RMS sp. z o.o. potwierdza, że:

- 1.Moc lampy 32W, praca z systemem oszczędzania energii, wbudowany radarowy czujnik ruchu
- 2.Akumulator LiFePo4 768,0Wh,
- 3.Autonomia 4 dni (praca z systemem oszczędzania energii)
- 4.Akumulator umieszczony jest na słupie wraz z lampą w oprawie;
- 5.Oprawa posiada stopień ochrony – wodoodporności IP65;
- 6.Warunki pracy urządzenia opisane zostały na poziomie -25st. C - +45st. C
- 7.Urządzenia posiadają certyfikat CE i DWU na komplet oprawa led, akumulator , moduł PV, regulator
- 8.Czas świecenia określono na min. 12 godzin/ dobę w warunkach jesienno – zimowych z systemem oszczędzania energii (czujnik ruchu)
- 9.Urządzenie posiada autonomię 4 dni.

Odwołujący nie przedłożył wskazujących na nieprawdziwość wskazywanych w karcie produktu parametrów i funkcjonalności.

Składając ofertę RMS sp. z o.o. oświadczył, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym rzeczowym zakresie określonym w SWZ. Jednocześnie Izba w oparciu o wyjaśnienia RMS sp. z o.o. z dnia 29 maja 2023 r. znajdujące oparcie w karcie produktu i SWZ, że:

- 1.Korpus lampy solarnej z akumulatorem i regulatorem zamontowane są bezpośrednio na szczycie słupa;
- 2.Oprawa oświetleniowa LED ma większą od minimalnej moc 32W i została wyposażona w system oszczędzania energii z czujnikiem ruchu;
3. Zgodnie ze standardowymi ustawieniami system oszczędzania energii bez wykrywania ruchu świeci z mocą 30% mocy znamionowej a po aktywowaniu z mocą 100%
- 4.4 dni X 10 godzin x(30% X 32 W0 = 4 dni X 10 godz. X 9,6W = 384,0Wh
- 5.Wobec mocy oferowanego akumulatora dwukrotnie wyższej tj. 768Wh energii rzeczywista autonomia pracy urządzenia będzie wyższa od wymaganej SWZ 4 dni
- 6.Oferowana lampa solarna z systemem zarządzania i oszczędzania energii zużywa w ciągu 10 g świecenia (10 godz X (30% X 32W) = 10 godz. X 9,6W) 96 Wh energii – stąd moduł generuje więcej energii niż wymagane dla zachowania 4 dni autonomii.

Dodatkowo Izba ustaliła w oparciu o niesporne i niekwestionowane wzajemnie wyjaśnienia Zamawiającego i Odwołującego, że:

1. Oczekiwany przez Zamawiającego akumulator w technologii LiFe-Po4, czyli litowo-fosforanowo-żelazowy wykazuje ograniczenia jeśli chodzi o ładowanie w niskich temperaturach (poniżej 0st. C);
2. Akumulatory LIFE-PO4 montowane są w oprawach lampy solarnej lub w oprawach znajdującej się pod ziemią;
3. W przypadku akumulatorów LiFe-Po4 może być stosowana izolacja zabezpieczająca funkcjonowanie urządzenia w niskich temperaturach;
4. W ramach Postępowania oferowano lampy z akumulatorami montowanymi zarówno w oprawie lampy solarnej jak i w odrębnej oprawie pod ziemią;
5. Zamawiający stosuje urządzenia analogiczne jeśli chodzi o technologię oferowaną przez RMS sp. z o.o. o niższej pojemności od oferowanych przez RMS sp. z o.o. i urządzenia te w podobnych lokalizacjach spełniają warunek autonomii 4 godzin.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 16 Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 5 Ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia wtedy, gdy jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o zamówienie publiczne. Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z ust. 1 pkt 5 konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia (patrz: Gawrońska-Baran Andrzej i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany Opublikowano: LEX/el. 2023) Dla odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, niezbędne jest stwierdzenie i wykazanie przez zamawiającego niezgodności treści oferty z określonymi przez niego warunkami zamówienia, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości (zob. wyrok KIO z 10.08.2021 r., KIO 1992/21).

Mając na uwadze ustalenia Izba stwierdza, że oferowane przez RMS sp. z o.o. urządzenie spełnia wymagania SWZ w zakresie autonomii, mrozoodporności i wodoszczelności oprawy. Wskazuje na to treść karty technicznej urządzenia a Odwołujący nie wykazał by było inaczej. Karta odnosi się i potwierdza spełnienie wszystkich kwestionowanych odwołaniem parametrów, których wykazania wymagał Zamawiający SWZ. Izba wskazuje także, że interpretacja Odwołującego, co do wymagania SWZ rozdział III pkt. 2 ppkt. 1). zawsze co najmniej 50 % mocy, jest nieuprawnione w świetle brzmienia tegoż postanowienia. Tutaj Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, zgodne z założeniem uczynionym przez RMS sp. z o.o. w wyjaśnieniach z 29 maja 2023 r. o wyłącznie przykładowym charakterze zapisu dopuszczającego stosowanie systemu oszczędzania energii dla lamp o mocy większej niż 30W w brzmieniu: „w przypadku zastosowania oprawy o większej mocy oprawa może posiadać system sterowania w celu oszczędzania energii - np. lampa będzie świecić w trybie 50% mocy z włączeniem na większą moc za pomocą czujnika ruchu”. Wskazuje na to chociażby dookreślenie „np.” Wyliczenia RMC sp. z o.o. oparte na parametrach urządzenia opisanych w Karcie technicznej produktu wskazują na zgodność urządzenia z SWZ i jednocześnie prawidłowość oceny oferty w tym zakresie przez Zamawiającego.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu” zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, co nie zostało wykazane odwołaniem, w tym również w zakresie następstw zaniechania przekazania ogłoszenia – istotności wpływu zaniechania na wynik postępowania. Nie wskazano ani nie wykazano przesłanek unieważnienia umowy.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 oraz 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący