Sygn. akt: KIO 668/23

WYROK

z dnia 29 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 marca 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2023 r. **przez odwołującego:** LUG Services sp. z o.o. 65-127 Zielona Góra ul. Gorzowska 11w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Gmina Kościelisko 34 -511 Kościelisko ul. Nędzy Kubińca nr 101

przy udziale **przystępującego:** A.C. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe ALTUM A.C. ul. Jugowicka 12, 30-443 Kraków, po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego LUG Services sp. z o.o. 65-127 Zielona Góra ul. Gorzowska 11 i:
   1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego LUG Services sp. z o.o. 65-127 Zielona Góra ul. Gorzowska 11 tytułem wpisu od odwołania
   2) zasądza od odwołującego LUG Services sp. z o.o. 65-127 Zielona Góra ul. Gorzowska 11kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz zamawiającego: Gmina Kościelisko 34 -511 Kościelisko ul. Nędzy Kubińca nr 101, stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. 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

Odwołanie wniesiono w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego pn. "Budowa i modernizacja infrastruktury elektroenergetycznej, w tym oświetleniowej w Gminie Kościelisko".

Numer referencyjny sprawy: ZP.271.27.2022,

Numer ogłoszenia o zamówieniu: Dz. Urz. U. E. 2022/S 250-731628 w dniu 28.12.2022 r.

Odwołujący wniósł odwołanie powołując się na art. 513 pkt 1 i pkt 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 roku, poz. 2019 ze zm. - dalej również „pzp") od niezgodnej z przepisami pzp czynności zamawiającego polegającej na:

1. zaniechaniu odrzucenia przez zamawiającego oferty przystępującego to jest wykonawcy wybranego
2. dokonania przez zamawiającego wyboru oferty tego wykonawcy oferty najkorzystniejszej.

Jako podstawę prawną odwołania, odwołujący przywołał:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego/przystępującego po stronie zamawiającego pomimo, że treść oferty złożonej przez tego wykonawcę jest niezgodna z warunkami zamówienia ustalonymi przez zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia (swz);
2. art. 239 ust. 1 pzp przez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego pomimo, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia ustalonymi przez zamawiającego w swz.

W związku z tak wskazanymi zarzutami, na podstawie art. 554 ust. 3 pkt. 1 lit a oraz lit. b pzp, odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości;

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także innych dowodów wskazanych w niniejszym odwołaniu oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;
3. nakazanie zamawiającemu:
   a) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w odwołaniu;
   b) odrzucenia oferty wykonawcy wybranego/przystępującego jako oferty niezgodnej z wymogami swz;
   c) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej po wykonaniu powyższych czynności.

Odwołujący powołał się na prawo do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ zostały spełnione przesłanki określone w art. 505 ust. 1 pzp.
Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w ramach postępowania, bowiem złożył w postępowaniu ofertę, a gdyby według niego zamawiający prawidłowo przeprowadził czynności w postępowaniu, to wówczas oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Odwołanie zmierza do zakwestionowania czynności zamawiającego, jaką był wybór oferty przystępującego po stronie zamawiającego. W przypadku potwierdzenia zarzutów odwołującego, ma on szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący wskutek czynności zamawiającego może ponieść szkodę w postaci utraty zysku zakładanego w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia.

Izba potwierdza posiadanie tak uzasadnionego interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, a przez to spełnienie przesłanek wymienionych w art. 505 ust. 1 pzp., które uprawniają odwołującego do wniesienia odwołania.

Co do terminu na wniesienie odwołania. Jak Izba, na podstawie przekazanej przez zamawiającego dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ustaliła informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana odwołującemu w dniu 27 lutego 2023 r., a co oznacza, że termin 9 marca 2023r. na wniesienie niniejszego odwołania został dochowany. Niniejsze odwołanie zostało również przekazane zamawiającemu przed upływem terminu na wniesienie odwołania. Wobec powyższego Izba nie stwierdza przesłanek z art.528 pzp. do odrzucenia odwołania.

Do postępowania skutecznie przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca wybrany, w myśl art. 525 ust.1 pzp., a do którego przystąpienia nie zgłoszono opozycji w myśl art. 526 ust.1 pzp.

Odwołujący w swojej argumentacji za uwzględnieniem odwołania podkreślił, że zamawiający w punkcie 1. Rozdziału XVIII SWZ ustalił całkowitą moc zainstalowaną wszystkich opraw oferowanych przez wykonawcę jako jedno z kryteriów oceny ofert:

1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert:

Kryterium P2, stosownie do przepisów SWZ oraz Opisu wymagań dotyczących wydajności i funkcjonalności przedmiotu zamówienia (Załącznik 11.5. do SWZ), miało być oceniane na podstawie obliczeń fotometrycznych, wykonanych zgodnie z obliczeniami fotometrycznymi ujętymi w Załączniku 11.5. do SWZ (s. 60-87). W punkcie 6.1. Załącznika 11.5 do SWZ (s. 17) Zamawiający wskazał, że:

W celu zapewnienia możliwości porównania parametrów opraw, w obliczeniach należy podawać identyczne położenia punktu świetlnego, jak w zawartych w „Opisie wymagań dotyczących wydajności i funkcjonalności Modernizacji oświetlenia ulicznego w Gminie Kościelisko" obliczeniach fotometrycznych, niezależnie od sposobu fotometrowania oprawy, tzn. bez względu na to, czy w fotometrowaniu oprawy uwzględniana jest wielkość oprawy, czy cała oprawa jest prezentowana, jako punkt świetlny. Obliczenia wykonane w sposób uniemożliwiający porównanie będą skutkować odrzuceniem oferty.

Z powyższego uregulowania swz odwołujący wywodzi, że oferta wykonawcy wybranego/przystępującego powinna zostać odrzucona przez zamawiającego. Według odwołującego dokonanie jakichkolwiek zmian w zakresie obliczeń fotometrycznych, powinno skutkować odrzuceniem oferty. Ponadto jak wskazał odwołujący obliczenia fotometryczne nie mogą również zostać uzupełnione, bowiem stanowią przedmiotowy środek dowodowy służący potwierdzeniu zgodności z kryterium oceny ofert w myśl przepisu art. 107 ust. 3 Pzp.

Wykonawca wybrany w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego złożył obliczenia fotometryczne ujęte w pliku pn. „Obliczenia fotometryczne-sig". W sytuacji oznaczonej jako 12, tj. Kościelisko Kierpcówki,

wykonawca wybrany dokonał obliczeń po zmianie warunków oświetleniowych, tj. przyjął wysokość (centrum foto.) jako 8 metrów, nie natomiast zgodnie z obliczeniami udostępnionymi przez zamawiającego jako 9 metrów.

Zmiana taka powoduje również brak możliwości zweryfikowania przez zamawiającego obowiązku spełnienia przez wykonawcę normy PN-EN 13201:2016 - Oświetlenie dróg, co zostało przez zamawiającego określone w punkcie 6.1 lit. b Załącznika nr 11.5. Jednocześnie, zgodnie z przepisami SWZ oraz przepisem art. 107 ust. 3 Pzp, zamawiający nie może wezwać wykonawcy wybranego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, przy czym, w opinii odwołującego, nawet gdyby zamawiający takie wezwanie zastosował, to nie można byłoby rozważać dokonanej przez wykonawcę zmiany treści oferty jako uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w rozumieniu przepisów Pzp.

Według odwołującego wobec przedstawionych powyżej okoliczności wniesienie niniejszego odwołania stało się konieczne i zasadne, bowiem zamawiający nie zrealizował w pełni obowiązków wynikających z konieczność zbadania oferty przystępującego czyli wykonawcy wybranego.

Jak Izba ustaliła Bezsporną w sprawie jest okoliczność, że zamawiający w obliczeniach fotometrycznych, według obowiązującego zgodnie z swz wzoru matematycznego, dokonał zmiany wysokości zamontowania oprawy świetlnej z „dziewięciu metrów" na „osiem metrów" na słupie oświetleniowym w ofercie wykonawcy wybranego, to jest tak jak tego oczekiwał zamawiający według specyfikacji warunków zamówienia. Powyższe obliczenie matematyczne miało służyć sprawdzeniu zgodności zaoferowanych opraw świetlnych z obowiązującą normą techniczną. Niepodważoną okolicznością przez odwołującego w trakcie postępowania odwoławczego jest też ustalenie zamawiającego, że zaoferowane oprawy świetlne w ofercie wykonawcy wybranego zarówno umocowane na istniejących słupach przy wysokości ośmiu metrów, jak i przy wysokości dziewięciu metrach spełniają normę techniczną wymaganą według specyfikacji warunków zamówienia. Na kanwie tego zdarzenia powstało do rozstrzygnięcia zagadnienie sporne to jest, czy zamawiający miał prawo samodzielnie dokonać takiej korekty w przedmiotowym środku dowodowym oferty wykonawcy wybranego, na domiar w przedmiotowym środku dowodowym będącym ocenianym w ramach kryterium oceny ofert. Bowiem jak twierdzi odwołujący, zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy wybranego, bez dokonania tego rodzaju poprawki to jest z ośmiu na dziewięć metrów na słupie oświetleniowym, bez względu na to, że zaoferowana oprawa świetlna spełnia normę zarówno przy ośmiu, jak i przy dziewięciu metrach.

Powyższe zagadnienie sporne **Izba zważyła** mając na uwadze przywołane podstawy prawne odwołania to jest art.226 ust.1 pkt 5 Pzp jak i art.239 ust.1 Pzp. Zgodnie z przywołanymi podstawami prawnymi odwołania, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (art.226 ust.1 pkt 5) i zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia (art.239 ust.1). Natomiast należy zwrócić uwagę, że w uzasadnieniu odwołania przywołuje odwołujący art.107 ust.3 Pzp, zgodnie z którym nie stosuje się przepisu 107 ust.2 Pzp, 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 postepowania. Dla całości obrazu sprawy należy przywołać art.107 ust. 2 Pzp zgodnie z którym jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Nawet gdyby Izba miała podstawę prawną do uznania zarzutu z art.107 ust.3 Pzp, który nie został wyartykułowany przez odwołującego w zarzutach niniejszego odwołania, to i tak nie ma on odniesienia do niniejszej sprawy. Bowiem co prawda ustawodawca odnosząc się w art.107 ust.3 Pzp do przedmiotowych środków dowodowych w sytuacji gdy są one przedmiotem oceny w ramach kryterium oceny ofert nie zezwala na ich uzupełnienie w przypadku ich nie złożenia lub na ich uzupełnienie, jeżeli są niekompletne, ale nie zabrania ich poprawienia przez dostosowanie do bezwzględnych opisów swz, to jest takich na których treść nie ma wpływu oferent, w tym wypadku obowiązujących 9 metrów zamiast mylnie wpisanych 8 metrów. Z brzmienia art.107 ust.3 Pzp w związku z art.107 ust.2 Pzp wynika, że zakaz dotyczy wzywania w przypadku nie złożenia przedmiotowego środka dowodowego oraz zakaz dotyczy wzywania do uzupełnienia środka dowodowego w przypadku złożenia jego jako niekompletnego, a co nie miało miejsca w niniejszej sprawie. W niniejszej sprawie do wzoru matematycznego podstawiono omyłkowo nieprawidłową wysokość (8m) zamiast narzuconej w swz wysokości (9m), czyli wartości nie będącej w sferze decyzyjnej oferenta. Kończąc ocenę rozważań zawartych w uzasadnieniu odwołania i nie mających odniesienia do zarzutów podniesionych w odwołaniu to jest w jego części

wstępnej, Izba również nie stwierdza podstaw do odrzucenia oferty w związku z przywołanym postanowieniem pkt 6.1 Załącznika 11.5 do swz (s. 17) o treści „Obliczenia wykonane w sposób uniemożliwiający porównanie będą skutkować odrzuceniem oferty". Bowiem wykonawca wybrany nie zmienił sposobu obliczeń tak, że uniemożliwiono porównanie ofert, tylko omyłkowo wstawił zamiast 9 m, wstawił 8 metrów. Izba, jak powyżej nadmieniła, odnosi się do powyższych zagadnień tylko i wyłącznie z ostrożności orzekania, ponieważ precyzując zarzut odwołujący wskazał art.226 ust.1 pkt 5 w zw. z art.239 ust.1 Pzp, a w uzasadnieniu odwołania (wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności - art.516 ust.1 pkt 10) wskazał art.107 ust.3 Pzp. Reasumując zarzuty odwołania idą w kierunku niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia (art.226 ust.1 pkt 5 pzp), a uzasadnienie odwołania w kierunku art.226 ust.1 pkt 2) lit.c) Pzp. Reasumując w ocenie Izby czy to stosując art.226 ust.1 pkt 5) Pzp w związku z dyspozycją art. 223 ust.1 i ust.2 pkt 1) Pzp , czy stosując hipotetycznie art.226 ust.1 pkt 2) lit.c) w związku z dyspozycją art.107 ust.3 i ust.2 Pzp, w niniejszej sprawie zamawiający miał obowiązek poprawić błędnie wpisaną we wzór wielkość 8m na prawidłową wielkości 9 m, ponieważ jest to parametr/wielkość narzucona i bezwzględnie obowiązująca według swz i nie podlega jakiejkolwiek dyspozycji co do jej wielkości po stronie oferenta.

W powyższym stanie rzeczy Izba oddala odwołanie, mając na uwadze treść art.554 ust.1 pkt 1) w zw. z art.553 Pzp, ponieważ nie stwierdza naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy, które miały wpływ na wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000,00 złotych i kwotę 3.600,00 zł na rzecz zamawiającego tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

.

Przewodniczący:……