

WYROK

z dnia 31 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Beata Konik**

Protokolant: **Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2018 r. przez wykonawcę **LUG Light Factory spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Mieroszów**,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Gminie Mieroszów unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego dokonanej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz powtórne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym wezwanie Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do wyjaśnienia rozbieżności między treścią przedstawionego przez Odwołującego certyfikatu ENEC dla rodziny lamp URBINO LED w zakresie mocy lamp, a mocą zaoferowanych lamp wynikającą z treści oferty Odwołującego i do uzupełnienia certyfikatu ENEC lub innego równoważnego dokumentu potwierdzającego, że oferowana oprawa ma deklarowane parametry techniczne i użytkowe.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego Gminę Mieroszów i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. Zasądza od Zamawiającego Gminy Mieroszów na rzecz odwołującego LUG Light Factory spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze kwotę **10 525 zł 80 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset dwadzieścia pięć złotych, osiemdziesiąt groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Świdnicy.

Przewodniczący:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Gmina Mieroszów, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Ograniczenie niskiej emisji transportowej w Gminie Mieroszów poprzez budowę Park&Ride, Bike&Ride oraz wymianę oświetlenia na energooszczędne w zakresie wymiany oświetlenia” (Numer referencyjny: GPliOŚ.271.35.2018). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 19 września 2018 r., pod numerem 619352-N-2018.

W dniu 16 października 2018 r. wykonawca LUG Light Factory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności odrzucenia oferty Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez niezasadne uznanie że treść złożonej przez Odwołującego oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ czynności Zamawiającego objęte odwołaniem uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie udzielenia zamówienia poprzez dokonanie wyboru jego oferty, jako spełniającej treść SIWZ. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do wyboru najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego, spełniającej opisane i wymagane warunki w SIWZ. Odwołujący jest podmiotem, który ubiega się o zamówienie i złożył najkorzystniejszą ofertę.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający pismem z dnia 05.10.2018r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty, w zakresie: a) obliczeń fotometrycznych wykonanych m.in. na podstawie współczynnika konserwacji 0,9 pomimo żywotności oprawy przedstawionej w karcie katalogowej na poziomie L80B10/100 000 h; b) rozbieżności pomiędzy mocą

opraw przedstawionych w karcie katalogowej oprawy URBINO LED, a mocą opraw przedstawionych w projekcie do montażu np. w ciągu ulic Zielnej i Podgórze; c) certyfikatu ENEC lub dokumentu równoważnego dla oprawy drogowej przedstawionej w karcie katalogowej URBINO LED; na stronie producenta załączony jest jedynie certyfikat jw. bez załącznika, który jest integralną częścią certyfikatu, który określa specyfikacje produktu, który otrzymał certyfikat.

Odwołujący w dniu 09.10.2018r. przesłał Zamawiającemu wyjaśnienia treści złożonej oferty, dostarczając załącznik do certyfikatu ENEC, a w pozostałych kwestiach udzielając poniższych odpowiedzi: a) Wykonawca wykonał obliczenia fotometryczne na podstawie współczynnika konserwacji o wartości 0,9 gdyż taka wartość tego współczynnika został przyjęta w bazowych obliczeniach załączonych przez Zamawiającego do dokumentacji postępowania - dokumentacja projektowa / skróty wyników. Jednocześnie Zamawiający nie podał w SIWZ i dokumentacji przetargowej żadnych szczegółowych wskaźników definiujących warunki eksploatacyjne opraw m.in. zanieczyszczenia powietrza, zabrudzenia oprawy, zabrudzenia powierzchni, okresów czyszczenia, planowanego okresu eksploatacji instalacji oświetleniowej pozwalających na indywidualne zdefiniowanie przez Wykonawcę programu konserwacji. Podany w karcie katalogowej parametr żywotności L80B10 100000 h informuje wyłącznie o spadku strumienia świetlnego opraw w czasie i jest zgodny z wymaganiami SIWZ określonymi przez Zamawiającego. Mając na uwadze przytoczone argumenty oraz dodatkowe wymaganie Zamawiającego, aby oprawy były wyposażone w układ CLO (utrzymanie stałego strumienia oprawy w czasie) Wykonawca przyjął dokładnie tą samą wartość współczynnika konserwacji, co Zamawiający celem prawidłowego wykazania równoważności proponowanego rozwiązania, b) karty katalogowe przedstawione przez Wykonawcę uwzględniają główny typoszereg mocy opraw i ich podstawowe, wybrane parametry. Każda z opraw w przedstawionym typoszeregu może zostać zredukowana mocowo w określonym zakresie przy zachowaniu pozostałych parametrów na deklarowanym przez producenta poziomie. Takie rozwiązanie przyjęto w przypadku ul. Zielnej i Podgórze, dobierając seryjnie produkowany typ oprawy Urbino pracujący z mocą maksymalną 28W do wymagań projektu oraz SIWZ. Jednocześnie Wykonawca zwrócił uwagę, że zgodnie z wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturach 1292/17 oraz 1346/18, karty katalogowe są traktowane, jako materiał reklamowy bądź deklaracja producenta, który nie musi w kartach wymieniać wszystkich możliwych i dostępnych elementów (na przykład wszystkich dostępnych mocy), c) Wykonawca przedkłada certyfikat ENEC dla rodziny opraw URBINO wraz z załącznikiem będącym jego integralną częścią oraz tłumaczenie treści certyfikatu. Zamawiający, posiadając powyższe informacje, zdecydował o odrzuceniu oferty Odwołującego, jako nieodpowiadającej treści SIWZ. W swoim piśmie o odrzuceniu oferty Zamawiający powołał się na następujące argumenty: Wykonawca zaproponował w ofercie rozwiązanie równoważne, Zamawiający uznał, iż przedstawiona karta katalogowa wraz z obliczeniami fotometrycznymi stanowią dokument udowadniający równoważność zaproponowanych rozwiązań. Trwałość użytkowa oprawy URBINO LED, zgodnie z danymi przedstawionymi w karcie katalogowej wynosi 100 000h/L80. System oświetlenia ulicznego powinien spełniać wymagania normy PN EN 13 201: 2016 w całym swoim okresie użytkowania — stąd projekt fotometryczny powinien zostać wykonany na koniec okresu użytkowego. Biorąc pod uwagę powyższe, przyjęcie przez Wykonawcę do obliczeń współczynnika konserwacji o wartości 0,9 wskazuje spełnienie wymagań normatywnych jedynie do około połowy potencjalnego czasu użytkowego a nie w całym okresie deklarowanej trwałości użytkowej oprawy. Zatem, dokumenty zawarte w ofercie Wykonawcy oraz w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Zamawiającego z dnia 05.10.2018 r. (znak: GPIIOŚ.271.35.4.2018) nie potwierdzają spełniania warunku równoważności zaproponowanych rozwiązań. Ponadto, przedstawiony przez Wykonawcę certyfikat ENEC nie dotyczy oprawy o oferowanych mocach. Certyfikat ENEC przedstawiony przez Wykonawcę dotyczy opraw URBINO LED o mocach: 28W, 37W, 55W, 84 W i 1 IOW, podczas gdy Wykonawca oferuje montaż opraw URBINO LED o mocach 20W, 29W, 55W, 80 W. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający odrzuca przedmiotową ofertę, gdyż jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Sam współczynnik utrzymania strumienia świetlnego w czasie, na poziomie L80B10, nie determinuje możliwości zastosowania bądź nie współczynnika konserwacji o wartości 0,9. Współczynnik konserwacji jest zależny od bardzo wielu czynników, których Zamawiający nie opisał i nie wskazał w swoich wymaganiach. Opublikowanie przez Zamawiającego bazowych obliczeń fotometrycznych, z uwzględnieniem współczynnika konserwacji na poziomie 0,9, bez podania żadnych dodatkowych przesłanek do zastosowania ewentualnie innego współczynnika, stanowiło jasną i czytelną instrukcję dla oferentów o kierunku oczekiwanym i wskazanym przez Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w bazowych obliczeniach fotometrycznych nie podał deklarowanego współczynnika utrzymania strumienia świetlnego w czasie, opraw użytych do obliczeń, co w sposób jednoznaczny wskazywało na możliwość jego zastosowania przez oferentów. Co więcej, argument Zamawiającego, iż przyjęcie przez Wykonawcę do obliczeń współczynnika konserwacji o wartości 0,9 wskazuje spełnienie wymagań normatywnych jedynie do około połowy potencjalnego czasu użytkowego a nie w całym okresie deklarowanej trwałości użytkowej oprawy, jest nieprawdziwy - spadek strumienia świetlnego w czasie jest funkcją geometryczną, a nie arytmetyczną. Brak jasno sprecyzowanych wymagań dla wszystkich oferentów mógł skutkować złożeniem ofert, których Zamawiający nie był skłonny zaakceptować, jako równoważnych. To jednak Zamawiający w SIWZ niewystarczająco precyzyjnie określił swoje wymagania, bazując na dostarczonych przez jednego z producentów obliczeniach i parametrach. Należy w sposób stanowczy podkreślić, że norma oświetleniowa PN EN 13201: 2007, na którą powołuje się Zamawiający zawiera wymogi dotyczące wielu parametrów świetlnych, ale nie ma w niej odniesienia, do zastosowania takiego, a nie innego współczynnika konserwacji. Jednocześnie należy podkreślić, że Odwołujący przedstawił kartę

techniczną opraw, jako spełniającą warunki minimalne, gdzie współczynnik utrzymania strumienia świetlnego w czasie dla obecnie produkowanych opraw wynosi L90B10. To jednak zostanie zdefiniowane w kartach technicznych wyprodukowanych i dostarczonych opraw, jako dokument wiążący dla Wykonawcy i Zamawiającego. Warto dodać, że sam współczynnik L90B10 nie determinuje możliwości zastosowania współczynnika konserwacji na poziomie 0,9, gdyż nie uwzględnia on pozostałych parametrów, nieopisanych przez Zamawiającego, takich jak zanieczyszczenie klosza, przejrzystość powietrza, stopień zużycia nawierzchni jezdni odbijającej światło itp.

To oznacza, iż Zamawiający nie miał prawa wymagać od Wykonawcy zastosowania innego współczynnika konserwacji niż sam podał w obliczeniach bazowych, gdyż nie podał żadnych dodatkowych warunków brzegowych do obliczenia takiego współczynnika.

Odnosząc się zaś do zarzutu, iż przedstawiony przez Wykonawcę certyfikat ENEC nie dotyczy oprawy o oferowanych mocach Odwołujący wyjaśnia, iż certyfikat ENEC przedstawiony przez Wykonawcę dotyczy opraw URBINO LED o mocach: 28W, 37W, 55 W, 84 W i 1 IOW, podczas gdy Wykonawca oferuje montaż opraw URBINO LED o mocach 20W, 29W, 55W, 80 W., tym samym należy uznać, że zarzut ten jest nietrafiony. Certyfikat ENEC u każdego z producentów obejmuje rodzinę opraw o ustalonych mocach brzegowych, jako maksymalnych. Każda z opraw wysokiej klasy może zostać zredukowana do niższej mocy bez utraty podstawowych parametrów świetlnych (skuteczność świetlna itp.) deklarowanych przez producenta i uwzględnionych w certyfikacie ENEC. Żaden z producentów nie posiada certyfikatu ENEC dla 150 możliwych mocy opraw ze skokiem co 1 W, gdyż jest to fizycznie niemożliwe i całkowicie niepotrzebne. Oprawa o mocy np. 37W może zostać zredukowana do mocy 36W, 35W, 34W, 33W, 32W, 31W, 30W i 29W, bez utraty parametrów objętych certyfikatem ENEC, ponieważ certyfikat ENEC zachowuje ważność dla opraw z tym samym zasilaczem, dla którego został wydany - a w niniejszym przypadku tak właśnie jest.

Przyjęcie odmiennego założenia skutkowałoby ograniczeniem postępowania przetargowego wyłącznie do jednego producenta opraw, którego produkty zastosowania w obliczeniach fotometrycznych. W części II SIWZ pkt. 1.11 Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów i urządzeń równoważnych. Za oferowane przez Wykonawcę materiały i urządzenia równoważne, Zamawiający uważa takie materiały i urządzenia, które zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w dokumentacji projektowej. Jednocześnie z dokumentacji projektowej tj. „Opis do projektu wymiany oświetlenia ulicznego...” oraz „STWiOR Mieroszów” dla opraw ulicznych nie wynika, jakie są kluczowe parametry techniczne wraz kryteriami pozwalającymi na określenie czy dany parametr jest nie gorszy niż np. moc pobierana - czy ma być wyższa czy niższa od podanej, jako bazowa, strumień świetlny ma być wyższy czy niższy od podanego, jako bazowy. Dopiero po pytaniach oferentów Zamawiający dookreślił swoje wymagania odnośnie parametrów technicznych opraw, wcześniej widocznie uważając, że wystarczą obliczenia, a rozwiązania równoważne są niepożądane. Nadal jednak nie podał parametrów do obliczenia współczynnika konserwacji. Dodatkowo, Zamawiający wymaga, aby oprawy były wyposażone w układ CLO - Constant Light Output (utrzymanie stałego strumienia oprawy w czasie). Nie definiuje jednak wartości poziomu tego strumienia, a jednocześnie wymaga, aby Wykonawca sam zaproponował współczynnik konserwacji, który później odrzuca. Taki niezdefiniowany przez Zamawiającego poziom strumienia - CLO - stanowi jedną z przesłanek do wyliczenia współczynnika konserwacji, więc kolejny raz widać, że to Zamawiający nie określił precyzyjnie swoich wymagań i nie miał prawa żądać od wykonawców „domyślenia się”, o co chodzi i co chce osiągnąć Zamawiający. Dokumentacja przetargowa w niniejszym postępowaniu, jest także wewnętrznie niespójna, a Zamawiający w wielu miejscach używa niejednorodnych parametrów: W dokumencie "Opis do projektu wymiany oświetlenia ulicznego na LED na terenie Gminy Mieroszów" Zamawiający wymaga żywotności na poziomie 80.000h, natomiast w dokumencie STWiOR wymaga żywotności na poziomie 100.000h. W dokumencie pn. "Opis do projektu wymiany oświetlenia ulicznego na LED na terenie Gminy Mieroszów" Zamawiający wymaga stopnia szczelności na poziomie minimum IP65, natomiast w dokumencie STWiOR wymaga IP66. W dokumencie pn. "Opis do projektu wymiany oświetlenia ulicznego na LED na terenie Gminy Mieroszów" Zamawiający wymaga II klasy ochrony przed porażeniem prądem elektrycznym, natomiast w dokumencie STWiOR wymaga I klasy ochrony. W orzecznictwie Izby wyrażono zasadę, w myśl której wadliwa dokumentacja, w tym zwłaszcza SIWZ nie mogą obciążać wykonawców. W wyroku KIO 473/14 z 28 marca 2014 roku Izba podkreśliła, że skutki nieprecyzyjnego opisu zawarte o w specyfikacji nie mogą obciążać wykonawców. Zamawiający muszą pamiętać, iż przenoszenie ciężaru i skutków braku precyzji zamawiającego na wykonawców, które może się skończyć nawet odrzuceniem oferty, stanowi nadużycie prawa. Ponadto Izba podkreśliła, że postępowanie o zamówienie musi zapewniać równość reguł zarówno wobec wykonawców, jak i zamawiającego, Izba wskazała także, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest postępowaniem w obrocie profesjonalnym, zatem wykonawcy muszą wykazać należyłą staranność. Zamawiający ma tym samym prawo oczekiwać dokładnego zapoznania się z dokumentami postępowania, ale staranność ta nie ma prawa sięgać tak daleko, by stawiać wobec wykonawców wymóg wnioskowania o intencji zamawiającego, tylko, dlatego, że sporządzona przez niego specyfikacja ma nieprecyzyjne brzmienie. Przechodząc do analizy prawnej należy wskazać, że z treści art. 29 ust 1 oraz następnych wynika szereg norm m.in., że opis przedmiotu zamówienia został opisany przez Zamawiającego z wypełnieniem powinności wynikających z treści tego przepisu w szczególności, że jest opisany wyczerpująco. Wyczerpująco oznacza, że wszelkie nieopisane kwestie są dla zamawiającego bez znaczenia w konkretnym przypadku,

a ich dodawanie na etapie oceny ofert jest niedopuszczalne. Takie same reguły dotyczą kwestii równoważności - jeżeli Zamawiający wskazuje, że możliwe jest zaoferowanie rozwiązań równoważnych opisywanym nie opisując tego w sposób szczegółowy, a jedynie ograniczając się do stwierdzenia, że rozwiązania równoważne nie mogą mieć parametrów gorszych niż opisane to zamawiający naraża się na konieczność zakupu oferowanych rozwiązań, które nie wypełnią jego zamysłu. Niemniej jednak to obowiązek zamawiającego, aby opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Tym samym wykonawca ma prawo zinterpretować opis przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią zakomunikowaną przez zamawiającego, a wszelkie niejasności w tym zakresie należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy. Opis przedmiotu zamówienia jest niewątpliwie oświadczeniem woli zamawiającego (jego częścią) tym samym należy do interpretacji jego treści stosować ogólne reguły wykładni wynikające z przepisów Kodeksu Cywilnego, a także treść art. 70(1) § 4 KC, co oznacza, że wykraczanie poza zapisy SIWZ przez Zamawiającego po terminie składania ofert jest niedopuszczalne. Skoro zamawiający nie dokonał jednoznacznych zapisów SIWZ wykonawca miał prawo zinterpretować zamysł Zamawiającego w taki sposób jak to zrobił Odwołujący i zaoferował przedmiot zamówienia spełniający zapisane wymogi zamawiającego. Zamawiający zdecydował o odrzuceniu oferty Odwołującego, jako nieodpowiadającej treści SIWZ, gdy tymczasem to sam Zamawiający przygotowując SIWZ i dokonując bazowych obliczeń fotometrycznych, z uwzględnieniem współczynnika konserwacji na poziomie 0,9 bez podania żadnych dodatkowych przesłanek do zastosowania ewentualnie innego współczynnika, dał oferentom jasną i czytelną instrukcję o kierunku oczekiwanym i wskazanym przez Zamawiającego. Sam Zamawiający w bazowych obliczeniach fotometrycznych nie podał deklarowanego współczynnika utrzymania strumienia świetlnego w czasie opraw użytych do obliczeń, co w sposób jednoznaczny wskazywało na możliwość jego zastosowania przez oferentów. Co więcej, argument Zamawiającego, iż przyjęcie przez Wykonawcę do obliczeń współczynnika konserwacji o wartości 0,9 wskazuje spełnienie wymagań normatywnych jedynie do około połowy potencjalnego czasu użytkowego, o a nie w całym okresie deklarowanej trwałości użytkowej oprawy, jest nieprawdziwy - spadek strumienia świetlnego w czasie jest funkcją geometryczną, a nie arytmetyczną. Brak jasno sprecyzowanych wymagań dla wszystkich oferentów już w samej SIWZ mógł skutkować złożeniem ofert, których Zamawiający nie był skłonny zaakceptować, jako równoważnych. To wyłącznie Zamawiający w SIWZ niewystarczająco precyzyjnie określił swoje wymagania, bazując na dostarczonych przez jednego z producentów obliczeniach i parametrach. Tym samym oferta Odwołującego spełniała wszystkie wymagania SIWZ, a została odrzucona wyłącznie z powodu nieprecyzyjnych zapisów zawartych w samej SIWZ sporządzonej przez Zamawiającego. Zamawiający zakwestionował przedstawiony przez Odwołującego się certyfikat ENEC i odrzucił ofertę Odwołującego również z tego powodu, podczas gdy certyfikat ENEC zachowuje ważność dla opraw z tym samym zasilaczem, dla którego został wydany. Tym samym Odwołujący spełniał warunek zawarty w SIWZ i przedstawił wymagane certyfikaty ENEC podczas gdy Zamawiający uznał, iż certyfikat ten nie dotyczy opraw o mniejszej mocy. Zamawiający nie zdefiniował wartości poziomu strumienia, a jednocześnie postawił wymóg, aby Wykonawca sam zaproponował współczynnik konserwacji. Potem jednak dokonując oceny ofert Zamawiający współczynnik ten odrzuca. Taki niezdefiniowany przez Zamawiającego poziom strumienia - przy zastosowaniu CLO - stanowi jedną z przesłanek do wyliczenia współczynnika konserwacji. Oferta Odwołującego spełniała więc warunki zawarte w SIWZ, ale to sam Zamawiający nie określił precyzyjnie swoich wymagań. Skoro Zamawiający w SIWZ nie sprecyzował wymagań co do poziomu wartości strumienia, to nie miał prawa żądać od wykonawców, aby oni sami domyślali się, jaki był zamiar Zamawiającego. Oferta Odwołującego została odrzucona pomimo faktu, iż to dokumentacja przetargowa jest niespójna i zawiera liczne błędy. Odwołujący zwracał się o wyjaśnienia, przygotował ofertę zgodnie ze SIWZ i wyjaśnieniami Zamawiającego, i odrzucenie jej z powodu niespójności, błędów i braku precyzyjności zawartych w samej SIWZ i dokumentacji technicznej Zamawiającego jest niedopuszczalne.

Pismem z dnia 26 października 2018 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, domagając się oddalenia odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem zainteresowanym o ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła, że do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Pismem z dnia 5 października 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści oferty w następującym zakresie:

a) obliczeń fotometrycznych wykonanych m.in. na podstawie współczynnika konserwacji 0,9 pomimo żywotności oprawy przedstawionej w karcie katalogowej na poziomie L80b10/100000h.

b) rozbieżności pomiędzy mocą opraw przedstawionych w karcie katalogowej oprawy URBINO LED a mocą opraw przedstawionych w projekcie montażu np. w ciągu ulic Zielonej i Podgórze.

c) certyfikatu ENEC lub dokumentu równoważnego dla oprawy drogowej przedstawionej w karcie katalogowej URBINO LED, na stronie producenta załączony jest jedynie certyfikat jw. bez załącznika, który jest integralną częścią certyfikatu który określa specyfikację produktu, który otrzymał certyfikat.

Pismem z dnia 9 października 2018 r. Odwołujący udzielił wyjaśnień, a także załączył do nich certyfikat ENEC dla rodziny opraw URBINO LED wraz z załącznikiem.

Pismem z dnia 10.10.2018 r. Odwołujący został poinformowany o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ. W uzasadnieniu tej decyzji Zamawiający wskazał, że przyjęcie przez Odwołującego do obliczeń współczynnika konserwacji o wartości 0,9 wskazuje spełnienie wymagań normatywnych jedynie do około połowy potencjalnego czasu użytkowego a nie w całym okresie deklarowanej trwałości użytkowej oprawy. Ponadto oferta Odwołującego została odrzucona ze względu na to, że przedstawiony przez Odwołującego certyfikat ENEC nie dotyczy oprawy o oferowanych mocach, ponieważ moc opraw wynikająca z certyfikatu jest inna niż ta wynikająca z treści oferty.

Następnie pismem z dnia 12.10.2018 r. Zamawiający poinformował wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Ponadto na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że w treści STWiOR Zamawiający zawarł postanowienie zgodnie z którym „W celu udokumentowania zgodności parametrów oferowanego sprzętu oświetleniowego z wymogami STWiOR należy do oferty dołączyć kartę (karty) katalogową (katalogowe), certyfikat ENEC, deklarację CE próbkę oprawy oraz przedłożyć obliczenia fotometryczne potwierdzające spełnienie wymagań normy PN EN 12 301. Dopuszcza się jedynie oprawy produkowane seryjnie, których dane fotometryczne i techniczne są ogólnie dostępne i weryfikowalne na stronie internetowej prowadzonej przez producenta. Nie dopuszcza się opraw modyfikowanych jednorazowo pod potrzeby tego zadania.”

Dodatkowo w dniu 25 września 2018 r., Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie do treści SIWZ, wskazując m.in. w odpowiedzi na pytanie nr 8, że „(...) oprawa drogowa ma posiadać certyfikat ENEC lub inny dokument równoważny, wystawiony przez niezależną instytucję ze stosowną akredytacją, poświadczający, że oferowana oprawa ma deklarowane parametry techniczne i użytkowe; Wykonawca przedstawi ten dokument wraz z projektem fotometrycznym dokumentującym spełnianie wymagań normatywnych dla każdej ulicy (...).”

Ponadto, w związku ze złożeniem przez Odwołującego dowodu nr 1, tj. kopii skrótu wyników Dworkowa, Izba ustaliła, że jest okolicznością bezsporną, że ten skrót wyników był częścią dokumentacji postępowania.

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Zamawiający poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego dopuścił się naruszenia przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

W przedmiotowej sprawie należało rozstrzygnąć dwie kwestie, które legły u podstaw odrzucenia oferty Odwołującego. Pierwsza z nich dotyczyła możliwości zastosowania przez Odwołującego do obliczeń fotometrycznych współczynnika konserwacji na poziomie 0,9, druga – przedstawionych przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami oferty z dnia 9 października 2018 r., certyfikatu ENEC dla rodziny opraw URBINO LED.

Odnosząc się do kwestii związanej z możliwością zastosowania przez Odwołującego do obliczeń współczynnika konserwacji o wartości 0,9, skład orzekający uznał, mając na uwadze postanowienia SIWZ, że Odwołujący mógł mieć przekonanie, że powinien zastosować współczynnik o wartości 0,9, tj. takiej, jaka została podana w treści dokumentacji postępowania. Jest bowiem okolicznością bezsporną, że do dokumentacji postępowania Zamawiający załączył skróty wyników obliczeń fotometrycznych, które zostały wykonane z zastosowaniem współczynnika konserwacji o wartości 0,9. Jednocześnie z żadnego postanowienia zawartego w dokumentacji przedmiotowego postępowania nie wynika, że wykonawcy mieli samodzielnie dobrać wartość spornego współczynnika. Fakt załączenia do dokumentacji postępowania obliczeń z użyciem współczynnika o wartości 0,9, przy uwzględnieniu postanowienia SIWZ zgodnie z którym „Szczegółowy opis parametrów oświetlenia oraz niezbędnych do wykonania w ramach wymiany opraw zawierają dokumentacja projektowa oraz STWiOR.”, mógł wywołać u wykonawców wrażenie, że Zamawiający nakazał zastosowanie do obliczeń współczynnika o wartości 0,9. Ponadto w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 25 września 2018 r., Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 25 wskazał wprost, że na dokumentację projektową składają się: również skróty wyników obliczeń fotometrycznych. Natomiast postanowienie, na które powoływał się w toku rozprawy Zamawiający dotyczące przykładowego charakteru dokumentów dotyczyło tylko zdjęć lamp, a nie załączonych obliczeń. (vide: Część II, pkt 1.5) i 7) SIWZ, str. 4). W związku z powyższym, w braku jednoznacznego wskazania przez Zamawiającego, że wykonawcy mają obowiązek samodzielnie określić sporny współczynnik, Odwołujący miał prawo przypuszczać, że powinien być wykonać obliczenia z użyciem współczynnika o wartości wskazanej w treści SIWZ. Jednocześnie skład orzekający pragnie zwrócić uwagę, że Zamawiający, co zostało przez niego przyznane podczas rozprawy, nie odniósł się, tj. nie ocenił wyników obliczeń fotometrycznych, które zostały załączone w celu wykazania

równoważności oferowanych produktów. Dodatkowo należy mieć na uwadze wymóg Zamawiającego dotyczący zastosowania elektronicznego układu zasilającego typu CLO zapewniającego strumień światła nie mniejszy jak 90% strumienia początkowego w całym czasie użytkowania (vide: STWiOR pkt 2.2 I.16). W świetle postanowień treści SIWZ wydaje się zasadnym, aby przy ocenie zgodności treści oferty z treścią SIWZ powyższe obliczenia zostały wzięte przez Zamawiającego pod uwagę wraz z faktem zastosowania przez Odwołującego elektronicznego układu zasilającego typu CLO. Innymi słowy, wydaje się, że znaczenie dla oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ w omawianym zakresie powinna mieć nie sama wartość zastosowanego współczynnika zapasu lecz również analiza załączonych do oferty obliczeń fotometrycznych.

W tym miejscu odnieść się należy również do stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie w zakresie omawianej kwestii spornej. Zamawiający wyjaśnił, że argumentacja tam zaprezentowana ma oparcie w zastosowanej normie, jednak w braku przełożenia stosownego dowodu w tym zakresie, skład orzekający przyjął, że jest to stanowisko własne Zamawiającego niemające oparcia w dokumentacji postępowania. Omawiane przez Zamawiającego wzory, jakie należało zastosować do ustalenia współczynnika zapasu nie zostały podane w treści dokumentacji przetargowej, przy jednoczesnym wskazaniu w dokumentacji wartości współczynnika zapasu. Stąd też zaprezentowane w tym zakresie stanowisko Zamawiającego nie zasługiwało na uwzględnienie. Odnosząc się do drugiej postawy odrzucenia oferty Odwołującego, tj. kwestii związanej z przedstawieniem Zamawiającemu certyfikatu ENEC dla rodziny lamp URBINO LED o mocach innych niż te wynikające z oferty, wskazać należy co następuje. Jak wynika z treści SIWZ, Zamawiający żądał załączenia ww. certyfikatów w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w treści dokumentacji przetargowej. W związku z powyższym certyfikat ten jest dokumentem, o którym mowa w przepisie art. 25 ust. 1 i jako taki podlega na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przewidzianej tam procedurze wyjaśnienia lub uzupełnienia.

Jest okolicznością bezsporną między stronami, że przedstawiony Zamawiającemu certyfikat ENEC dotyczy rodziny lamp URBINO LED, z której pochodzą zaoferowane przez Odwołującego lampy oraz że istnieje rozbieżność między mocami tych lamp wskazanymi w treści certyfikatu, a zaoferowanych przez Odwołującego. Przedstawiony został przez Odwołującego na rozprawie dowód w postaci kopii pisma wyjaśniającego do certyfikatu złożonego wraz z ofertą, potwierdzającego, że redukcja mocy oprawy nie powoduje odstępstwa od zasad certyfikatu, tj., że parametry urządzenia są nadal zachowane. Dowód ten został złożony w języku angielskim bez tłumaczenia, tłumaczenie to odrębnie sporządzone przez pełnomocnika Odwołującego zostało następnie przekazane Izbie i Zamawiającemu w toku rozprawy. Powyższy dowód powinien zostać przedstawiony Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia i przez niego oceniony, bowiem czynność badania i oceny ofert jest czynnością dokonywaną przez Zamawiającego, Izba zaś bada tylko prawidłowość dokonanych przez Zamawiającego czynności, a nie podejmuje je za Zamawiającego. W związku z powyższym oceniając ww. dowód Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że w chwili podejmowania decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający nie dysponował tym dowodem. Dodatkowo Izba miała na względzie treść odpowiedzi na pytanie nr 8, gdzie Zamawiający wskazał, że „oprawa drogowa ma posiadać certyfikat ENEC lub inny dokument równoważny, wstawiony przez niezależną instytucję ze stosowną akredytacją, poświadczający, że oferowana oprawa ma deklarowane parametry techniczne i użytkowe”. Zatem intencją Zamawiającego było, aby parametry zaoferowanej lampy miały swoje potwierdzenie w przedstawionym certyfikacie, przy jednoczesnym potwierdzeniu wymagań wskazanych przez Zamawiającego w treści SIWZ.

W związku z powyższym Izba za celowe i zasadne uznała nakazanie Zamawiającemu w ramach ponownego badania i oceny oferty wezwanie Odwołujące w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do wyjaśnienia zaistniałej rozbieżności i do uzupełnienia certyfikatu ENEC lub innego dokumentu równoważnego, wstawionego przez niezależną instytucję ze stosowną akredytacją, poświadczającego, że oferowana oprawa ma deklarowane parametry techniczne i użytkowe.

Izba dostrzega postanowienie SIWZ, zgodnie z którym „Dopuszcza się jedynie oprawy produkowane seryjnie, których dane fotometryczne i techniczne są ogólnie dostępne i weryfikowalne na stronie internetowej prowadzonej przez producenta. Nie dopuszcza się opraw modyfikowanych jednorazowo pod potrzeby tego zadania.”, jednak argumentacja przedstawiona w tym zakresie przez Zamawiającego podczas rozprawy, tj. że Odwołujący zaoferował oprawy modyfikowane pod potrzeby tego zadania, nie mogła zostać wzięta pod uwagę, gdyż nie z tego powodu oferta Odwołującego została odrzucona. Jeżeli podczas ponownego badania i oceny ofert Zamawiający uzna, że tego rodzaju okoliczność wobec oferty Odwołującego zachodzi, będzie uprawniony do podjęcia stosownych czynności. Podobnie wskazać należy w zakresie argumentacji Zamawiającego dotyczącego niespełnienia wymagań SIWZ w zakresie wymagania $\cos \phi$ na poziomie 0,95. Brak spełnienia tego wymagania SIWZ również nie został wskazany w treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, stąd argumentacja w tym zakresie musiała zostać przez Izbę pominięta. Przypomnieć bowiem należy, że Izba orzeka w granicach wyznaczonych zarzutami odwołania, a na zarzut składają się wskazanie podstawy prawnej oraz faktycznej, tj. okoliczności uzasadniających wniesienie odwołania. Przedmiotowe odwołanie zostało wniesione na czynność odrzucenia oferty Odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ ze względu na zastosowanie niewłaściwego współczynnika konserwacji oraz ze względu na przedstawienie certyfikatu, w którym są podane inne moce lamp niż te wynikające z oferty i tylko w tym zakresie Izba może orzec rozpoznając przedmiotowe odwołanie.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 22 maja 2018 r. poz. 972.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:.....