Sygn. akt KIO 1812/19

WYROK

z dnia 1 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2019 r. przez wykonawcę POLLIGHT Spółka z ograniczoną z siedzibą w Warszawie, Al. J. Ch. Szucha nr 11B lok. H2, 00-508 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Miasta Gostynin, Rynek 26, 09-500 Gostynin

przy udziale wykonawcy Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu, ul. Toruńska 9, 26-600 Radom zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1812/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego POLLIGHT Spółka z ograniczoną z siedzibą w Warszawie, Al. J. Ch. Szucha nr 11B lok. H2, 00-508 Warszawa

i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

POLLIGHT Spółka z ograniczoną z siedzibą w Warszawie, Al. J. Ch. Szucha nr 11B lok. H2, 00-508 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od wykonawcy POLLIGHT Spółka z ograniczoną z siedzibą w Warszawie, Al. J. Ch. Szucha nr 11B lok. H2, 00-508 Warszawa na rzecz zamawiającego Centrum Projektów Polska Cyfrowa z siedzibą w Warszawie kwotę 3 075 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 1812/19

Zamawiający Urząd Miasta Gostynin, Rynek 26, 09-500 Gostynin wszczął postępowanie na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Modernizacja systemu oświetlenia ulicznego wraz z systemem z systemem redukcji mocy, sterowania i zarządzania oświetleniem na terenie miasta Gostynina«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 11.06.2019 r. pod nrem 552471-N-2019.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

11.09.2019 r. zamawiający poinformował o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu, ul. Toruńska 9, 26-600 Radom (dalej wykonawca E);

2) odrzuceniu oferty wykonawcy POLLIGHT Spółka z ograniczoną z siedzibą w Warszawie, Al. J. Ch. Szucha nr 11B lok. H2, 00-508 Warszawa (dalej wykonawca P lub odwołujący), gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji - art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

16.09.2019 r. wykonawca P, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie od czynności:

1) odrzucenia przez zamawiającego 11.09.2019 r. oferty odwołującego jako oferty niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ);

2) wyboru przez zamawiającego 11.09.2019 r. najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę E.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez:

a) błędne uznanie, że oferta odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, a co za tym idzie przez odrzucenie tej oferty, podczas gdy oferta odwołującego spełnia wszystkie wymogi określone w SIWZ przez zamawiającego, w tym wymóg dotyczący, aby „oprawa wykonana w II klasie ochronności elektrycznej,

znamionowe napięcie zasilania 230V/50Hz współczynnik mocy oprawy nie niższy jak 0,927 dla znamionowego obciążenia”,

b) błędne, zupełnie dowolne, nieuzasadnione, a tym samym co najmniej przedwczesne uznanie, że oferta złożona przez wykonawcę E jest zgodna z treścią SIWZ, bez wezwania wykonawcy E do złożenia próbek, a także w konsekwencji bez zlecenia badania takich próbek przez biegłego - w sytuacji, gdy

analiza oferty złożonej przez wykonawcę E wykazuje na uzasadnione wątpliwości co do jej zgodności z treścią SIWZ;

2) art. 7 ust. 1 Pzp tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przez:

a) brak wezwania wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, a w szczególności wykonawcy E, którego oferta wybrana została przez zamawiającego jako najkorzystniejsza, do złożenia próbek oferowanych kompletnych opraw po 1 szt. z każdego typoszeregu tj. oprawy o reprezentatywnych wymiarach i o maksymalnej mocy z danego typoszeregu,

b) stosowanie przez zamawiającego odmiennych w stosunku do poszczególnych wykonawców i niezrozumiałych przez odwołującego, kryteriów oceny ofert pod kątem spełniania przez oferowane przedmioty dostawy wymagań zamawiającego,

c) nierówne traktowanie wykonawców na etapie oceny ofert, przez formułowanie w stosunku do odwołującego wezwań do dostarczenia dodatkowych dokumentów na okoliczność potwierdzenia zgodności oferty z treścią SIWZ, przy jednoczesnym odstąpieniu zamawiającego od formułowania takich wezwań w analogicznym stanie faktycznym stosunku do wykonawcy E,

d) zlecenie przez zamawiającego, a w konsekwencji przeprowadzenie badania przez biegłego dopuszczonego do udziału w postępowaniu wyłącznie oferty odwołującego, a zaniechanie badania ofert złożonych przez pozostałych wykonawców,

e) sformułowanie przez zamawiającego zlecenia i pytań szczegółowych do biegłego dopuszczonego do udziału w postępowaniu w sposób nierzetelny i nieobiektywny, wskazujący a priori już przed zleceniem badania wprost na fakt występowania niezgodności pomiędzy ofertą odwołującego a treścią SIWZ,

f) świadome powołanie przez zamawiającego instytucji do wykonywania obowiązków i zadań biegłego w postępowaniu spośród podmiotów nieposiadających akredytacji PCA;

3) art. 7 ust. 2 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp przez przeprowadzenie przez zamawiającego czynności (czynności badania oferty odwołującego przez biegłego)

przez osoby, w stosunku do których istnieją wątpliwości co do bezstronności i obiektywizmu tj. przez zaniechanie przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu tj. pracowników biegłego, który wykonywał na zlecenie zamawiającego czynności złożenia w formie pisemnej oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności wskazanych w art. 17 ust. 1 Pzp pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, a tym samym przez nieprzeprowadzenie przez zamawiającego badania, czy osoby dokonujące oceny na zlecenie zamawiającego oceny jednej z ofert nie podlegają wykluczeniu od udziału w postępowaniu;

4) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego wezwania wszystkich wykonawców, a w szczególności wykonawcy, którego oferta wybrana została przez zamawiającego jako najkorzystniejsza tj. wykonawcy E, do złożenia próbki oferowanych kompletnych opraw po 1 szt., z każdego typoszeregu tj. oprawy o reprezentatywnych wymiarach i o maksymalnej mocy z danego typoszeregu, w sytuacji gdy taki obowiązek jednoznacznie wynikał z treści pkt III.6 ogłoszenia oraz z treści rozdz. 6 pkt 10 SIWZ.

Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości;

2) nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienie dokonanej przez zamawiającego 11.09.2019 r. czynności

wyboru oferty wykonawcy E jako oferty najkorzystniejszej,

b) unieważnienie dokonanej przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert, a w tym oferty odwołującego, a w tym czynności odrzucenia przez zamawiającego 11.09.2019 r. oferty wykonawcy POLLIGHT (odwołującego)

jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ,

c) dokonanie powtórzenia przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert, a w tym oferty odwołującego,

d) dokonanie odrzucenia oferty wykonawcy E jako oferty w niezgodnej z treścią SIWZ.

Nadto odwołujący wniósł o:

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego - po uprzednim ponownym wezwaniu odwołującego do dostarczenia próbek z uwagi na fakt, że próbki dostarczone przez odwołującego mogły ulec uszkodzeniu w trakcie ingerencji przez niecertyfikowane laboratorium (biegłego) w próbkę w trakcie wysterowywania opraw w warunkach nieznanych odwołującemu oraz przy wykorzystaniu narzędzi niedopuszczonych przez producenta opraw - spośród podmiotów posiadających akredytację Polskiego Centrum Akredytacji (PCA) w zakresie badania właściwości

fizycznych, elektrycznych i elektronicznych opraw oświetleniowych na okoliczność

ustalenia:

a) Czy oprawa ST-52-60W dostarczona przez odwołującego jest oprawą

wykonaną w II klasie ochronności elektrycznej,

b) Czy znamionowe napięcie zasilania oprawy ST-52-60W dostarczonej przez odwołującego wynosi 230V/50Hz?

c) Czy współczynnik mocy oprawy ST-52-60W dostarczonej przez odwołującego jest nie niższe jak 0,927 dla znamionowego obciążenia dostarczonej oprawy?

d) Czy skuteczność świetlna dostarczonych oprawy ST-52-60W dostarczonej przez odwołującego nie jest niższa od 125 lm/W?

e) Jaka jest skuteczność świetlna dostarczonych oprawy ST-52-60W dostarczonej przez odwołującego?

f) Czy oprawa ST-52-60W dostarczona przez odwołującego spełnia parametry oświetleniowe nie gorsze od wymagań normy PN-EN13201/2016 dla

oświetlenia ulicznego i PN-EN132P01/2007 wskazanych do obliczeń sytuacji

oświetleniowych?

g) Czy oprawa ST-52-60W dostarczona przez odwołującego posiada zabezpieczenie przeciwudarowe 10kV?

h) Czy oprawa ST-52-60W dostarczona przez odwołującego posiada urządzenie zabezpieczające przed przegrzaniem umieszczone na panelu LED?;

2) o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa, stosownie do treści 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.

Argumentacja odwołującego

I. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Odwołujący wskazał na wadliwość decyzji zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty odwołującego jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ.

Zamawiający w ramach postępowania przeprowadził procedurę oceny i badania ofert,

w tym oferty odwołującego pod kątem ich zgodności z treścią SIWZ. Niezależnie od

zarzutów podniesionych i opisanych powyżej odwołujący wskazał na uchybienia i wady w zakresie przeprowadzonej oceny i badania ofert, a w szczególności w zakresie badania i oceny oferty odwołującego oraz wykonawcy Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu [dalej wykonawcy E], które

skutkowały naruszeniem przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp:
1. Błędne uznanie, że oferta odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, a co za tym idzie błędne odrzucenie tej oferty, w sytuacji gdy oferta odwołującego spełnia wszystkie wymogi określone w SIWZ przez zamawiającego. Odwołujący wskazał w tym zakresie na następujące okoliczności:

Błędne wnioski zamawiającego z treści oferty i złożonych przez odwołującego wyjaśnień i dokumentów:

Odwołujący wskazał, że jedną z istotnych przyczyn, które stanęły u podstaw ostatecznie niezgodnej z przepisami Pzp decyzją zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego były błędne wnioski zamawiającego z treści oferty i złożonych przez odwołującego wyjaśnień i dokumentów, które to błędy zostały następnie powielone na etapie zlecenia przez zamawiającego opinii biegłemu.

Odwołujący wskazał co następuje:

Odwołujący nie planował zgodnie ze złożonym projektem i złożonymi wyjaśnieniami wykorzystywać oprawy ST-52-60W na potrzeby opraw 19W i 18W, gdyż w przypadku tych mocy lamp zgodnie z projektem miały być wykorzystane oprawy ST-52 30W, które nie były przedmiotem badania przez biegłego, a których to próbek opraw dostarczenia zamawiający nie wymagał w SIWZ (oprawy te nie były przedmiotem badania oferty - odwołujący nie dostarczył próbek takich opraw z uwagi na to, że zamawiający oczekiwał jedynie złożenia próbek o maksymalnej mocy w ramach danego typoszeregu, określonego reprezentatywnymi wymiarami i największą mocą).

Odwołujący zgodnie ze złożonym wraz z ofertą projektem opartym na rozwiązaniu równoważnym i złożonymi wyjaśnieniami w toku postępowania planował wykorzystać oprawy ST-52-60W (oprawy, które były przedmiotem analizy przez biegłego - próba dostarczona przez odwołującego) wyłącznie w odniesieniu do opraw o mocy 53W w ramach typoszeregu o reprezentatywnych wymiarach: 525 x 255 x 125 mm.

Odwołujący zgodnie ze złożonym wraz z ofertą projektem opartym na rozwiązaniu równoważnym i złożonymi wyjaśnieniami w toku postępowania planował wykorzystać oprawy ST-52-100W (oprawy, które nie były przedmiotem analizy przez biegłego - próba dostarczona przez odwołującego) w odniesieniu do opraw ST-52 o mocy 95W w ramach typoszeregu o reprezentatywnych wymiarach: 625 x 290 x 125 mm.

Błędne wnioski zamawiającego z opinii biegłego co do niezgodności z SIWZ

Odwołujący wskazał, że w opinii biegłego sporządzonej na zlecenie zamawiającego zawarte są następujące stwierdzenia:

a) „po analizie przeprowadzonych pomiarów można stwierdzić, że oprawa ST-52-60W po wysterowaniu na 19W i 18W nie spełnia warunku określonego przez zamawiającego odnośnie minimalnego współczynnika mocy (PF = 0,927). Uzyskane w pomiarach wartości współczynnika mocy, tzn. PF = 0,8878 (dla mocy 19W) oraz 0,8786 (dla mocy 18W), są niższe niż kryterialne minimum współczynnika mocy (PF = 0,927) określone przez zamawiającego - w sytuacji, w której:

- zamawiający w SIWZ jednoznacznie zaznaczył (rozdz. 2, pkt 2 SIWZ), że „Oprawa wykonana w II klasie ochronności elektrycznej, znamionowe napięcie zasilania 230U/50Hz współczynnik mocy oprawy nie niższy jak 0,927 dla znamionowego obciążenia” - w sytuacji, w której moc znamionowa dostarczonej próbki nie była ani 18W, ani 19W, lecz 53W;

- odwołujący nie wyrażał zgody na jakiekolwiek dokonywanie wysterowania opraw dostarczonych jako próbki w warunkach laboratorium, które nie posiada akredytacji PCA, z wykorzystaniem narzędzi i rozwiązań nie udostępnionych ani przez odwołującego, ani przez producenta tych opraw.

b) „Zleceniodawca dostarczy oprawę oświetleniową wraz zasilaczem, który będzie mógł realizować wysterowanie na różne moce oprawy: 53W; 39,6W; 36W, 28W, 26W, 19W i 18W” - w sytuacji której odwołujący nie wyrażał zgody zamawiającemu na dokonywanie wysterowania dostarczonej próbki, którą dostarczył w toku postępowania o parametrach określonych w SIWZ przez zamawiającego, tj. zrealizował obowiązek złożenia próbek oferowanych kompletnych opraw po 1 szt., z każdego typoszeregu tj. oprawy o reprezentatywnych wymiarach i o maksymalnej mocy z danego typoszeregu, tym samym wnioski wyciągane przez biegłego powinny być oceniane przez zamawiającego wyłącznie w odniesieniu do konkretnej próbki (o konkretnych parametrach i właściwościach), w sytuacji w której

intencją zamawiającego było przebadanie próbek wszystkich opraw oświetleniowych, które będą stanowiły przedmiot zamówienia powinien stosowne postanowienie zamieścić na etapie wszczęcia lub prowadzenia postępowania,

c) „dostarczenie przez Zleceniodawcę oprawy oświetleniowej oraz zasilacza który umożliwia i ma zaznaczone moce wysterowania: 53W; 39,6W; 36W; 28W; 26W, 19Wi 18W" w sytuacji której odwołujący nie wyrażał zgody zamawiającemu na dokonywanie wysterowania dostarczonej próbki, którą dostarczył w toku postępowania o parametrach określonych w SIWZ przez zamawiającego (próbka ta nie miała zaznaczonych fabrycznie przez producenta czy też odwołującego mocy wysterowania, wszystkie badania przeprowadzone przez biegłego zrealizowane zostały metodami w warunkach laboratorium nie posiadającego akredytacji PCA) tj. zrealizował obowiązek złożenia próbek oferowanych kompletnych opraw po 1 szt., z każdego typoszeregu tj. oprawy o reprezentatywnych wymiarach i o maksymalnej mocy z danego typoszeregu, tym samym wnioski wyciągane przez biegłego powinny być oceniane przez zamawiającego wyłącznie w odniesieniu do konkretnej próbki (o konkretnych parametrach i właściwościach), w sytuacji w której intencją zamawiającego było przebadanie próbek wszystkich opraw oświetleniowych, które będą

stanowiły przedmiot zamówienia powinien stosowne postanowienie zamieścić na etapie wszczęcia lub prowadzenia postępowania;

d) „Wyniki pomiarów elektrycznych - dla mocy znamionowej 53W ustawionej i zadeklarowanej przez producenta [...] PF ST-52-62W(53) = 0,9690" - co jednoznacznie potwierdza, że dostarczona próbka przez odwołującego (bez jakiejkolwiek ingerencji przez nieakredytowane laboratorium i w sposób niedopuszczony przez odwołującego) spełnia wymagania SIWZ, zgodnie z którymi „Oprawa wykonana w II klasie ochronności elektrycznej, znamionowe napięcie zasilania 230V/50Hz współczynnik mocy oprany nie niższy jak 0,927 dla znamionowego obciążenia".

Odwołujący wskazał, że zamawiający błędnie zlecił, a następnie błędnie odczytał i wyciągnął błędne wnioski z opinii biegłego w zakresie odnoszącym się do kwestii zgodności próbki z wymogami zawartymi w SIWZ. W świetle wniosku i pomiarów zawartych w pkt II.1.2 opinii biegłego tj. wobec stwierdzenia, że „wyniki pomiarów elektrycznych - dla mocy

znamionowej 53W ustawionej i zadeklarowanej przez producenta [...] PF ST-52-62W(53) = 0,9690" uznać należy że dostarczona próbka spełnia wymóg, aby „oprawa wykonana w II klasie ochronności elektrycznej, znamionowe napięcie zasilania 230V/50Hz współczynnik mocy oprany nie niższy jak 0,927 dla znamionowego obciążenia".

Błędne zastosowanie metodologii badawczej przez biegłego:

Niezależnie od tego odwołujący wskazał, że zamawiający zlecając przeprowadzenie badań przez biegłego w odniesieniu do opraw ulicznych LED zaakceptował zupełnie błędną

- dopuszczając przeprowadzenie badań w kuli sferycznej typu jak na zdjęciu.

w sytuacji kiedy to w świetle wiedzy odwołującego oświetlenie uliczne typu LED powinno być badane za pomocą specjalistycznego fotometru dystrybucji światła np. typu jak na zdjęciu.

Tym samym nic dziwnego, że badania przeprowadzone przez nieautoryzowane i niecertyfikowane w jakichkolwiek sposób laboratorium, w trakcie których doszło do nieautoryzowanej ingerencji w próbkę z wykorzystaniem narzędzi i rozwiązań nieopisanych przez biegłego w opinii, ani też nie udostępnionych przez producenta opraw czy też odwołującego - dały wyniki, które obiegają od badań laboratoryjnych zawartych w karatach katalogowych producenta potwierdzonych w procesie certyfikacyjnym, który to proces każdy z producentów obowiązany jest systematycznie powtarzać i aktualizować.

Nadto przy ocenie adekwatności treści oferty do wymagań zamawiającego określonych

w SIWZ i innych dokumentach składających się na dokumentację postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, uwzględnia się również zawodowy charakter działalności wykonawcy i zwiększone w związku z tym oczekiwania, co do jego profesjonalizmu,

obejmującego znajomość przepisów prawa i warunków prowadzenia działalności, w tym

realiów danego segmentu rynku.

Odwołujący wskazał, że zdecydowana większość okoliczności podniesionych w treści

pisma zamawiającego z 11.09.2019 r. odnosi się do okoliczności, które nie wpływają na

kwestie zgodności, bądź też niezgodności oferty odwołującego z treścią SIWZ. I tak, odpowiednio, odwołujący wskazał, że:

- kwestia podniesionego przez zamawiającego zarzutu, że „naklejka, która ma pełnić

rolę, tabliczki znamionowej (etykiety) znajduje się na szybie oprawy, co grozi odklejeniu naklejki na skutek działania czynników atmosferycznych. Dodatkowo na etykiecie

stwierdzono brak czyści parametrów określających warunki zasilania danego urządzenia (prąd znamionowy i współczynnik mocy), jak też nietrwałe oznakowanie znakiem CE, co jest niezgodne z warunkami określonymi w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie wymagań dla sprzętu elektrycznego (Dz. U. poz. 806)”— nie stanowi

okoliczności świadczącej o niezgodności oferty z treścią SIWZ, gdyż zamawiający nie

określił w treści SIWZ miejsca, w którym taka naklejka miałaby zostać umiejscowiona, a oceną czy została ona umiejscowiona zgodnie przepisami prawa powszechnie obowiązującego podlegać będzie ocenie na etapie realizacji i odbioru zamówienia publicznego, a odwołujący

składając ofertę złożył w „Formularzu, ofertowym” m.in. oświadczenie: „Oświadczam, że

zapoznałem się z SIWZ oraz jej załącznikami (w tym z dokumentacją opisującą przedmiot zamówienia) - i nie wnoszę do niej zastrzeżeń - oraz uzyskałem konieczne informuje potrzebne do właściwego wykonania przedmiotu Zamówienia i przygotowania oferty”;

- kwestia podniesionego przez zamawiającego zarzutu, że „według deklaracji Spółki Pollight odwołujący dostarczona oprawa powinna mieć skuteczność świetlną na poziomie 159,96 lm/W (zgodnie z tabelą skuteczności świetlnej) lub ponad 150 lm/W (wg danych katalogowych oprawy). Przyprowadzone pomiary i wykonane na ich podstawie obliczenia wykazały, że skuteczność świetlna oprawy wynosi 135,3 lm/W (dla mocy czynnej znamionowej deklarowanej przez producenta 53W - rzeczywista zmierzona moc czynna wynosi 51,3W). Świadczy 0 tym, że zmierzona skuteczność świetlna badanej oprawy jest o ponad 24lm/W niższa od deklarowanej w tabeli skuteczności świetlnej dołączonej do oferty, czyli niezgodna z deklarują producenta” - pomimo że odwołujący wnosi zastrzeżenia co do rzetelności i poprawności metodologii przeprowadzonych badań w tym zakresie (w szczególności że dotychczasowe badania przeprowadzane przez odwołującego w odniesieniu do analogicznych opraw w różnych laboratoriach wykazywały każdorazowo parametry powyżej 150 lm/W), to nie stanowi zarzut ten okoliczności świadczącej o niezgodności oferty z treścią SIWZ, gdyż w SIWZ zamawiający wskazał jednoznacznie, że „warunkiem koniecznym dla ofert jest zastosowanie sprzętu, dla którego zachowana będzie projektowana moc zainstalowana wskazana w dokumentacji zamawiającego z tolerancją w granicach +/- 10% oraz upewniona skuteczność świetlna systemu nie niższą od 125 lm/W oraz równoczesne osiągnięcie poziomów parametrów oświetleniowych nie gorszych od wymagań normy PN-EN13201/2016 dla oświetlenia ulicznego i PN-EN13201/2007 wskazanych do obliczeń sytuacji oświetleniowych” (str. 10 SIWZ);

- kwestia podniesionego przez zamawiającego zarzutu, że „niezgodności następują równiej w certyfikatach dla badanej oprawy. Tłumaczenia certyfikatów na język polski Zawierają stwierdzenie, że napięcie znamionowe wynosi 60W, tymczasem napięcia znamionowego nie wyraża się w watach. Ponadto dostarczona oprawa miała moc czynną na poziomie 51,6W, co nie pokrywa się podaną w tłumaczeniach certyfikatów mocą czynną 60W” - nie stanowi okoliczności świadczącej o niezgodności oferty z treścią SIWZ, a jedynie polemikę zamawiającego, co do poprawności tłumaczenia certyfikatów złożonych przez odwołującego w toku postępowania na język polski;

- kwestia podniesionego przez zamawiającego zarzutu, że „ponadto dostarczona oprawa miała moc czynną na poziomie 51,6W, co nie pokrywa się z podaną w tłumaczeniach certyfikatów mocą czynną 60W” - nie stanowi okoliczności świadczącej o niezgod-

ności oferty z treścią SIWZ, a jedynie polemiką pomiędzy zapisami w dostarczonym certyfikacie z pomiarami przeprowadzonymi dla próbki, która została przez producenta ustawiona na moc 53W (wg wymagań z SIWZ), co było przedmiotem obszernych wyjaśnień składanych przez odwołującego w toku postępowania; zamawiający wysunął niczym nieuprawniony wniosek, że wszystkie oprawy będą wyposażone w ten sam zasilacz.

2. Błędne i zupełnie dowolne oraz nieuzasadnione, a tym samym co najmniej przedwczesne uznanie, że oferta złożona przez wykonawcę E jest zgodna z treścią SIWZ, w sytuacji, gdy analiza oferty złożonej przez tego wykonawcę wykazuje na uzasadnione wątpliwości co do jej zgodności z treścią SIWZ

Zamawiający dokonał badania i oceny oferty wykonawcy E bez wezwania do złożenia próbek, a także w konsekwencji bez zlecenia badania takich próbek przez biegłego. Odwołujący wskazuje jednak, że już analiza samej treści oferty złożonej przez wykonawcę E wykazuje na następujące istotne sprzeczności z treścią SIWZ, które powinny w ocenie

odwołującego skutkować uznaniem, że oferta wykonawcy E podlega odrzuceniu jako

niezgodna z SIWZ:

- błędne tj. niezgodne z treścią SIWZ dobranie przez wykonawcę E wartości (parametru) nawisu lamp w obliczeniach przeprowadzanych przez wykonawcę E na etapie sporządzania oferty i opracowywania projektu równoważnego, w znaczącej większości tj. około 70% scen ulicznych zaprojektowanych przez wykonawcę E, w sytuacji której nawet poprawa i skorygowanie w trybie przewidzianym w Ustawie tych parametrów w części zaprojekowanych scen ulicznych zmusiłoby wykonawcę do zmiany mocy lub zmiany optyki zastosowanych lamp (odwołujący w tym zakresie wskazał przede wszystkim, ale tylko tytułem przykładu na następujące sceny uliczne: 1.12 Gostynin_Bierzewicka, 1.14 Gostynin_Chopina oraz 1.15 Gostynin_Czapskiego),

- istnieje wewnętrzna sprzeczność w ofercie wykonawcy E w zakresie parametru Ta (Temperaturę ambient), gdyż w certyfikacie ENEC oprawy BDP parkowej złożonym przez wykonawcę E jest informacja o temperaturze Ta (Temperaturę ambient) = max 35 st. C, a w karcie katalogowej jest informacja w tym zakresie: - 40° do 50° C, która to jednak wewnętrzna sprzeczność sprawia, że oferta jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego, który oczekiwał, że „zakres temperatury otoczenia podczas pracy oprany: od - 30°C do + 35 ° C” (rozdz. 2 pkt 2 SIWZ - Informacje dotyczące rozwiązań równoważnych);

- w karcie katalogowej oprawy BDP parkowej złożonej przez wykonawcę E, klosz jest wykonany z tworzywa sztucznego (szkło akrylowe), w sytuacji, w której bezspornie zgodnie z postanowieniami SIWZ zawartymi w rozdz. 2 pkt 2 SIWZ („Materiał klosza: Płaskie hartowane szkło”) wymagany był i jest przez zamawiającego klosz ze szkła hartowanego, co stanowi oczywistą rozbieżność i niezgodność z SIWZ;

- w karcie katalogowej BDP parkowej złożonej przez wykonawcę E jest informacja, że zabezpieczenie przeciwprzepięciowe zastosowanych przez wykonawcę E opraw to 6kV, w sytuacji, w której zgodnie z postanowieniami SIWZ przez zamawiającego wymagane było i jest zabezpieczenie przeciwprzepięciowe 10 kV (rozdz. 2 pkt 2 SIWZ wskazał wprost „Odporność oprany na przepięcia: 10kV”), co stanowi oczywistą rozbieżność i niezgodność z SIWZ;

II. Naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp

Odwołujący wskazał na następujące przejawy naruszenia przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego:

1) brak wezwania wszystkich wykonawców do złożenia próbek oferowanych kompletnych opraw po 1 szt., z każdego typoszeregu tj. oprawy o reprezentatywnych wymiarach i o maksymalnej mocy z danego typoszeregu - w sytuacji, w której:

a) w postępowaniu złożone zostały oferty przez trzech wykonawców tj.:

- PIE Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku, która to oferta została sporządzona i oparta na oprawach wykorzystanych w projekcie referencyjnym sporządzonym przez zamawiającego tj. na oprawach marki SCHREDER,

- wykonawcy E, która to oferta nie została sporządzona i nie została oparta na oprawach wykorzystanych w projekcie referencyjnym sporządzonym przez zamawiającego, lecz na oprawach marki PHILIPS,

- odwołującego, która to oferta nie została sporządzona i nie została oparta na oprawach wykorzystanych w projekcie referencyjnym sporządzonym przez zamawiającego, lecz na oprawach marki SINOCO,

b) postanowienie rozdz. 6 pkt 10 SIWZ, że „w celu potwierdzenia spełniania przez

oferowane przedmioty dostawy wymagań zamawiającego. na wezwanie zamawiającego

Wykonawca zobowiązany jest: 1) złożyć próbki oferowanych kompletnych opraw po 1 szt. z każdego typoszeregu, co oznaczy dostarczenie oprawy o reprezentatywnych wymiarach i o maksymalnej mocy z danego typoszereg nie dawał uprawnienia zamawiającemu do odstąpienia od wezwania wykonawców do złożenia próbek, w sytuacji w której tylko jedna

oferta i to oferta wykonawcy, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza sporządzona została na oprawach wykorzystanych w projekcie referencyjnym sporządzonym przez zamawiającego,

c) jest jednolite stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej np. „zasada równego traktowania wykonawców oznaczy jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postę-powania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. jej przystrzyganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących są w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 19 marca 2012 r., sygn. akt KIO 432/12);

2) stosowanie przez zamawiającego odmiennych w stosunku do poszczególnych wykonawców biorących udział w postępowaniu i niezrozumiałych przez odwołującego, kryteriów oceny ofert pod kątem spełniania przez oferowane przedmioty dostawy wymagań zamawiającego - w sytuacji, w której:

a) zamawiający wezwał, zgodnie z rozdz. 6 pkt 10 SIWZ, odwołującego do złożenia próbek - wymagając początkowo od odwołującego próbek w zakresie wykraczającym poza zakres opisany w SIWZ,

b) odwołujący złożył na wezwanie zamawiającego próbki zgodnie z rozdz. 6 pkt 10 SIWZ tj. kompletne oprawy po 1 szt., z każdego typoszeregu tj. oprawy o reprezentatywnych wymiarach i o maksymalnej mocy z danego typoszeregu;

c) zamawiający nie wezwał wykonawcę P oraz wykonawcy E zgodnie z rozdz. 6 pkt 10

SIWZ do złożenia próbek ferowanych kompletnych opraw po 1 szt., z każdego typoszeregu,

tj. do dostarczenia oprawy o reprezentatywnych wymiarach i o maksymalnej mocy z danego typoszeregu,

d) zamawiający dopuścił i powołał biegłego w postępowaniu w celu oceny próbek złożonych przez odwołującego w wyniku zupełnie dowolnego i niczym nie uzasadnionego przyjęcia, że oferowane próbki nie spełniają wymagań zamawiającego,

e) zamawiający dokonał oceny i badania oferty wykonawcy E w zakresie spełniania przez oferowane przedmioty dostawy wymagań zamawiającego bez wzywania wykonawcy E do złożenia próbek;

3) nierówne traktowanie wykonawców biorących udział w Postępowaniu na etapie oceny ofert, przez formułowanie w stosunku do odwołującego wezwań do dostarczenia

dodatkowych dokumentów na okoliczność potwierdzenia zgodności oferty z treścią SIWZ,

przy jednoczesnym odstąpieniu zamawiającego od formułowania takich wezwań w analogicznym stanie faktycznym stosunku do wykonawcy E - w sytuacji, w której:

a) zamawiający na etapie oceny oferty odwołującego wezwał odwołującego do składania wyjaśnień w zakresie rzekomych rozbieżności pomiędzy mocami lamp zawartymi w projekcie

a występującymi w certyfikacie ENEC złożonym przez odwołującego,

b) zamawiający dokonał oceny i badania oferty wykonawcy E z pominięciem jakiegokolwiek wyjaśnienia treści oferty w sytuacji, w której w treści certyfikatu ENEC

złożonym przez wykonawcę E brak jakichkolwiek informacji o mocach opraw stosowanych w projekcie równoważnym sporządzonym przez wykonawcę E,

c) zamawiający na etapie oceny oferty odwołującego wezwał odwołującego o uzupełnienie listy komponentów występujących na certyfikacie ENEC złożonym przez odwołującego,

d) zamawiający dokonał oceny i badania oferty wykonawcy E z pominięciem jakiegokolwiek wyjaśnienia kwestii, że dla opraw BDP parkowych nie przedstawiono listy komponentów certyfikatu ENEC, tylko sam krótki certyfikat jednostronicowy,

e) zamawiający w SIWZ nie nałożył na wykonawców obowiązku załączania do oferty jakichkolwiek raportów ENEC, a w tym listy szczegółowej listy komponentów, tym niemniej odwołujący wykonując zobowiązanie zamawiającego dostarczył takie dokumenty, co w kontekście braku wymagania takich dokumentów od wykonawcy E stanowi ewidentny przejaw nierównego traktowania wykonawców w trakcie postępowania,

f) zamawiający na etapie oceny oferty odwołującego wezwał odwołującego o złożenie dodatkowego dokumentu potwierdzającego deklaracje producenta w certyfikacie CE o spełnieniu normy o bezpieczeństwie fotobilogicznym (EN 62471),

g) zamawiający dokonał oceny i badania oferty wykonawcy E z pominięciem wezwania wykonawcy E o przekazanie dodatkowego dokumentu potwierdzającego deklaracje producenta tj. firmy Philips w certyfikacie CE o spełnieniu normy o bezpieczeństwie fotobilogicznym (EN 62471);

4) zlecenie przez zamawiającego a w konsekwencji przeprowadzenie badania przez biegłego Instytut Elektroenergetyki Politechniki Warszawskiej z siedzibą w Warszawie dopuszczonego do udziału w postępowaniu wyłącznie oferty odwołującego a zaniechanie badania ofert złożonych przez pozostałych wykonawców biorących udział w Postępowaniu a w szczególności w stosunku do wykonawcy E - w sytuacji, w której:

a) tylko oferta złożona przez wykonawcę S sporządzona została w oparciu o oprawy

wykorzystane przez zamawiającego w projekcie referencyjnym tj. w oparciu o oprawy marki Schreder, a pozostałe oferty a w tym oferta wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza sporządzone zostały na oprawach innych producentów, a tym samym musiały obie pozostałe oferty spełnić rygorystyczne wymagania zamawiającego stawiane dla rozwiązań równoważnych,

b) rzetelna analiza oferty złożonej przez wykonawcę E wykazuje liczne wątpliwości co do zgodności tej oferty, która została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza z treścią SIWZ tj. wątpliwości w szczególności w zakresie:

- załączenia przez wykonawcę E wyłącznie wyników obliczeń fotometrycznych zgodnie z SIWZ, przy jednoczesnym braku załączenia przez wykonawcę E edytowalnych obliczeń fotometrycznych w sytuacji, w której to zamawiający jednoznacznie wymagał od wykonawców składających ofertę w oparciu o rozwiązanie inne niż zawarte w projekcie bazowym „w celu weryfikacji do oferty należy dołączyć obliczenia fotometryczne (wydruki + edytowalne pliki obliczeniowe na cyfrowym nośniku) wykonane w ogólnodostępnym programie obliczeniowym np. Dialux/Relux pokazujące spełnienie wymagań klas oświetleniowych określonych w Normie PN-EN 13201 „Oświetlenie dróg”,

- błędnego dobrania przez wykonawcę E błędnej wartości nawisu lamp w obliczeniach

w znaczącej większości (około 70% scen ulicznych) zaprojektowanych scen ulicznych,

- skierowania przez zamawiającego wezwania do wykonawcy E do poprawy (wyjaśnienia) wyłącznie w zakresie 3 scen ulicznych, gdzie zamawiający dokonał ustaleń w zakresie błędnej szerokości drogi i odstępy słupów,

c) rzetelna analiza oferty złożonej przez wykonawcę E w zakresie certyfikatów i kart. katalogowych opraw marki Philips wykazuje również na liczne rozbieżności, nie różniące się niczym w stosunku do rzekomych rozbieżności stwierdzonych przez zamawiającego, które stanowiły podstawę do skierowania próbek odwołującego do badania przez biegłego tj. wykazuje następujące rozbieżności i wątpliwości:

- w karcie katalogowej opraw, nie ma jakiejkolwiek informacji o elementach ze stali nierdzewnej,

- brak informacji o spełnieniu braku emitowania światła w górną półprzestrzeń ULOR (WE 245/2009),

- w certyfikacie ENEK nie ma w ogóle informacji o mocach opraw stosowanych w projekcie równoważnym sporządzonym przez wykonawcę E, w sytuacji, w której w przypadku oferty odwołującego, dla analogicznej sytuacji, odwołujący wezwany był o składanie wyjaśnień w kwestii rozbieżności mocy w projekcie i w certyfikacie ENEC, a wykonawcę E nie zostało poproszone o wyjaśnienie tej kwestii,

- dla opraw BDP parkowych wykonawca E nie przedstawił listy komponentów z certyfikatu ENEC, tylko sam krótki certyfikat jednostronicowy, w sytuacji, w której odwołujący w toku postępowania był wezwany do uzupełnienia certyfikatu ENEC o listę komponentów, a wykonawca E nie został poproszony o uzupełnienie tej kwestii,

- w certyfikacie ENEC oprawy BDP parkowej złożonym przez wykonawcę E jest informacja o temperaturze Ta (Temperature ambient) = max 35° C, a w karcie katalogowej jest informacja w tym zakresie: - 40° do 50° C,

- w karcie katalogowej oprawy BDP parkowej złożonej przez wykonawcę E klosz jest wykonany z tworzywa sztucznego (szkło akrylowe), w sytuacji, w której bezspornie zgodnie z postanowieniami SIWZ wymagany był i jest przez zamawiającego klosz ze szkła hartowanego, co stanowi nie tylko wątpliwość, ale oczywistą rozbieżność i niezgodność z SIWZ,

- w karcie katalogowej BDP parkowej złożonej przez wykonawcę E znajduje się informacja, że zabezpieczenie przeciwprzepięciowe to 6kV, w sytuacji, w której zgodnie z postanowieniami SIWZ wymagane było i jest zabezpieczenie przeciwprzepięciowe 10 kV, co stanowi nie tylko wątpliwość, ale oczywistą rozbieżność i niezgodność z SIWZ;

d) wskazane powyżej niezgodności i wątpliwości w odniesieniu do oferty wykonawcy E, przy zastosowaniu przez zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców, powinno doprowadzić do wezwania wykonawcy E do złożenia próbek, a następnie przeprowadzenia badań przez biegłego, a w efekcie do odrzucenia oferty wykonawcy E, jako oferty w sposób oczywisty niezgodnej z treścią SIWZ,

5) sformułowanie przez zamawiającego zlecenia i pytań szczegółowych do biegłego dopuszczonego do udziału w postępowaniu w sposób nierzetelny i nieobiektywny, wskazujący a priori już przed zleceniem badania wprost na fakt występowania niezgodności pomiędzy ofertą odwołującego, a treścią SIWZ - w sytuacji, w której:

a) treść zapytania ofertowego do Instytutu Elektroenergetyki Politechniki Warszawskiej z 2.08.2019 r. zawiera sformułowania:

- „oferta złożona przez jednego z wykonawców budzi wątpliwości w zakresie rzetelności

danych wskazanych w załączonych do oferty dokumentach jak i złożonych dodatkowych

wyjaśnieniach” - co już stanowi przejaw ukierunkowywania biegłego w zakresie

dokonywania oceny i badania próbek, w sytuacji, w której ewentualne skorzystanie z biegłego na etapie oceny ofert powinno sprowadzać się do zlecenia wyłączenie zbadania próbki pod kątem spełnienia bądź nie spełnienia warunków i opisu przedmiotu zamówienia

zawartego w SIWZ, bez sugerowania biegłemu istnienia częściowej zgodności bądź też niezgodności,

- „zastrzeżenia budzą głównie zastosowane materiały do modernizacji w postaci opraw oświetleniowych i elementów wykonawczy (sterowania) zarządzania systemem oświetleniowym" - co już stanowi przejaw ukierunkowywania biegłego w zakresie

dokonywania oceny i badania próbek, w sytuacji, w której ewentualne skorzystanie z biegłego na etapie oceny ofert powinno sprowadzać się do zlecenia wyłączenie zbadania próbki pod kątem spełnienia bądź nie spełnienia warunków i opisu przedmiotu zamówienia

zawartego w SIWZ, bez sugerowania biegłemu istnienia częściowej zgodności bądź też niezgodności,

- „zgodnie z oświadczeniem wykonawcy zamieszczonym w materiałach oferty i dodatkowych wyjaśnieniach, cały typoszereg mocy zastosowanych opraw poniżej 60W jest realizowany przez zmianę wysterowania zasilacza w tej samej oprawie przywidzianej do wykonania badań" - co nie znajduje potwierdzenia w jakimkolwiek piśmie, czy też

oświadczeniu złożonym przez odwołującego w toku postępowania, co stanowi bezspornie przejaw celowego lub nieumyślnego wprowadzenia w błąd biegłego już na etapie zlecania przygotowania opinii, a wręcz przeciwnie, w treści oferty odwołującego wprost wyszczególnione są różne modele opraw z tego samego typoszeregu,

- „ponieważ wykonawca nie dostarczył próbki oprawy wykonanej inną zastosowaną w obliczeniach geometrią rozsyłu światła nie ma możliwości porównania parametrów fotometrycznych proponowanych do realizacji zadania opraw" - co ewidentnie sugeruje biegłemu niedociągnięcia lub braki po stronie odwołującego, którego próbki przekazane zostały do badania, w sytuacji, w której odwołujący dostarczył zamawiającemu wszystkie próbki wymagane zgodnie postanowieniami SIWZ, tj. złożył próbki oferowanych kompletnych opraw po 1 szt. z każdego typoszeregu, co oznaczało dostarczenie oprawy o reperzentatywnych wymiarach i o maksymalnej mocy z danego typoszeregu (rozdz. 6 pkt 10 SIWZ);

b) treść zapytania ofertowego do Instytutu Elektroenergetyki Politechniki Warszawskiej z 2.08.2019 r. nie zawierała istotnych z perspektywy roli biegłego w postępowaniu informacji tj. w szczególności w zakresie minimalnych wymogów zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia przykładowo, że „warunkiem koniecznym dla ofert jest zastosowanie sprzętu, dla którego zachowana będzie projektowana moc zainstalowana wskazana w dokumentacji zamawiającego z tolerancją w granicach +/- 10% oraz zapewniona skuteczność świetlna systemu nie niższa od 125 lm/W oraz równoczesne osiągnięcie poziomów parametrów oświetleniowych nie gorszych od wymagań normy PN-EN13201/2016 dla oświetlenia ulicznego i PN-EN13201/2007 wskazanych do obliczeń sytuacji oświetleniowych" (str. 10 SIWZ),

6) świadome powołanie przez zamawiającego instytucji do wykonywania obowiązków i zadań biegłego w postępowaniu spośród podmiotów nieposiadających akredytacji PCA - w sytuacji, w której rzetelne przeprowadzenie badań w warunkach certyfikowanych i przez osoby, które nie podlegają wykluczeniu z postępowania stanowi istotę korzystania z takich

podmiotów w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności kiedy to już na etapie SIWZ zamawiający przerzuca na wykonawcę ewentualne ryzyko finansowe takich badań, a tym samym przyjąć należy że zarówno zamawiającemu, jak i wykonawcy, którego próbka jest przedmiotem badania przez biegłego powinno zależeć aby wyniki badań i kwalifikacje laboratorium nie powinny budzić wątpliwości w zakresie metodologii ich przeprowadzenia.

III. Naruszenie art. 7 ust. 2 Pzp w z w. art. 17 ust. 2 Pzp

Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający nie przeprowadził ani na etapie wyłaniania

instytucji, która będzie pełniła rolę biegłego w postępowaniu i badała próbki odwołującego

złożone w Postępowaniu, ani na etapie udzielania zlecenia temu podmiotowi, ani po przeprowadzeniu badania próbek - analizy i ustaleń faktycznych w odniesieniu do instytucji, której zlecone zostało badanie próbek, ani w odniesieniu do osób, które faktycznie badanie przeprowadziły, czy nie zachodzą przesłanki do ich wykluczenia od udziału w postępowaniu.

Wśród udostępnionych przez zamawiającego dokumentów, a w tym protokołu ZP-PN,

odwołujący nie znalazł oświadczeń złożonych przez osoby, które z ramienia Politechniki Warszawskiej przeprowadzały jakiekolwiek czynności na etapie badania próbki odwołującego, a tym samym odwołujący ma uzasadnione wątpliwości czy osoby przeprowadzające te badania cechowała bezstronność i obiektywizm.

Wskazując na jednolitą linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący w pełni akceptuje stanowisko - w pełni aktualne - że „zamawiający zawierając umowy z ekspertami, powinien zastrzegać, że eksperci ci następnie nie mogą, w związku z danym postępowaniem przetargowym, świadczyć usług na rzecz wykonawców. Rzutuje to bowiem negatywnie na postrzeganie dochowywania przez zamawiającego zasad wynikających z art. 7 ust. 1 i 2 Pzp tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami oraz bezstronności

1 obiektywizmu" (wyrok KIO sygn. akt KIO 2507/17).

Już sam status formalno-prawny Politechniki Warszawskiego w toku Postępowania budzi uzasadnione wątpliwości odwołującego. Odwołujący wśród dokumentów udostępnionych przez zamawiającego nie odnalazł formalnego powołania Politechniki Warszawskiej jako biegłego, bezspornie na gruncie przepisów Pzp i rekomendacji zawartych w orzecznictwie KIO, jeżeli dokonanie określonych czynności wywiązanych z przeprowadzeniem postępowania wymaga wiadomości specjalnych, kierownik zabawiającego może powołać biegłych" (art. 21 ust. 4 Pzp), a „wszystkie osoby wykonujące czynności w postępowaniu podlegają wyłączeniu", a nadto przepisy Pzp „gwarantują przyprowadzenie postępowania przez osoby zapewniają bezstronność i obiektywizm oraz przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2012 r., sygn. KIO 292/12). Tym samym Politechnika Warszawska tj. podmiot, do którego zwrócił się zamawiający, nie tylko nie był członkiem komisji przetargowej powołanej przez zamawiającego na podstawie art. 19 i 21 Pzp, ale nie został też biegłym powołanym przez zamawiającego na podstawie art. 21 ust. 4 Pzp, pomimo że faktycznie wykonywał czynności zastrzeżone dla biegłego.

Tym samym w ocenie odwołującego doszło do naruszenia art. 7 ust. 2 Pzp i art. 17 ust.

2 Pzp przez zlecenie i przeprowadzenie przez zamawiającego czynności w toku postępowania (czynności badania oferty odwołującego przez biegłego) przez osoby w stosunku do których istnieją wątpliwości co do bezstronność i obiektywizm tj. przez zaniechanie przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu tj. pracowników biegłego, który wykonywał na zlecenie zamawiającego czynności w toku postępowania, złożenia w formie pisemnej oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności wskazanych w art. 17 ust. 1 Pzp pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, a tym samym przez nieprzeprowadzenie przez zamawiającego badania, czy osoby dokonujące oceny na zlecenie zamawiającego oceny jednej z ofert w postępowaniu nie podlegają wykluczeniu od udziału w postępowaniu;

IV. Naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp

Zamawiający w rozdz. 6 pkt 10 SIWZ zawarł postanowienie, że „W celu potwierdzenia spełniania przez oferowane przedmioty dostawy wymagań zamawiającego, na wezwanie zamawiającego wykonawca zobowiązany jest: 1) złożyć próbki oferowanych kompletnych opraw po 1 szt. z każdego typoszeregu, co oznaczy dostarczenie oprawy o reperzentatywnych wymiarach i o maksymalnej mocy z danego typoszeregu. W przypadku stwierdzenia, że oferowane próbki nie spełniają wymagań zamawiającego, wykonawca ponosi koszty przeprowadzonych badań laboratoryjnych. Oprawy oświetleniowe dostarczone jako próbki podlegają zwrotowi zgodnie z art. 97 ust. 2 Pzp. Zwrot opraw będzie realizowany na wniosek i koszt Wykonawcy". Analogiczne i tożsame postanowienie zamawiający zawarł w pkt III.6 Ogłoszenia o Zamówieniu z 11.06.2019 r.

Zamawiający tym samym poprawnie tj. zgodnie z przepisami wprowadził w stosunku do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu obowiązek złożenia próbek, konstytuując jednocześnie analogiczny obowiązek po stronie zamawiającego zarządania takich próbek od wszystkich uczestników postępowania.

W ocenie odwołującego gdyby przyjąć, że wymóg przedstawienia przez wykonawców, na żądanie zamawiającego, określonego sprzętu i oprogramowania został ograniczony do części wykonawców, tj. tylko tych, których oferta będzie budzić wątpliwości co do parametrów przedmiotu zamówienia lub których oferta została sporządzona w oparciu o oprawy innych producentów, niż wskazane w projekcie referencyjnym (bazowym) zamawiającego, byłoby wprost sprzeczne z art. 7 ust. 1 Pzp, a skierowanie jedynie do części wykonawców możliwości żądania dostarczenia części przedmiotu zamówienia nie mogłoby być rozumiane jako „próbka" w rozumieniu § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - gdyż bezspornie „próbka", tak jak dokumenty składane na potwierdzenie, że dane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają oczekiwania zamawiającego, muszą być wymagane w równym stopniu od wszystkich wykonawców.

Tym samym, skoro zamawiający w treści SIWZ oraz Ogłoszenia zawarł sformułowanie „próbka" to zamawiający powinien oczekiwać jej w równym stopniu od wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. W konsekwencji, w ocenie odwołującego doszło ze strony zamawiającego do naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego wezwania wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, a w szczególności wykonawcy, którego oferta wybrana została przez zamawiającego jako najkorzystniejsza, tj. wykonawcę E, do złożenia próbki oferowanych kompletnych opraw po 1 szt. z każdego typoszeregu tj. oprawy o reprezentatywnych wymiarach i o maksymalnej mocy z danego typoszeregu, w sytuacji gdy taki obowiązek jednoznacznie wynikał z treści Ogłoszenia o Zamówieniu z 11.06.2019 r. (pkt III.6) oraz z treści SIWZ (rozdz. 6 pkt 10).

V. Wnioski końcowe

W ocenie odwołującego zamawiający w postępowaniu na etapie oceny i badania ofert wyciągnął błędne i niezgodne ze stanem faktycznym wnioski z opinii biegłego wydanej w toku postępowania o niezgodności treści oferty odwołującego z SIWZ.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 16.09.2019 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 16.09.2019 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

19.06.2019 r. wykonawca E złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 24.09.2019 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, a ewentualnie o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy - Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A) zamawiającego:

1) dowód 1 - s. 27 oferty odwołującego tabela Wykaz opraw i źródeł światła;

2) dowód 2 - wyjaśnienia treści oferty z 10.07.1019 r. s. 2 lit. c - na wykazanie, że odwołujący stwierdził, że zastosowanie jednego typu zasilacza będzie tańsze niż zastosowanie kilku typów zasilaczy do różnych opraw oraz wyjaśnienia treści oferty

s. 2 lit. e (gdzie odwołujący wskazał, że producent Sinoco używa do budowy opraw ST 52 tych samych komponentów bez względu na zaprogramowaną moc oprawy;

3) dowód 3 - pismo producenta Sinoco z 10.07.2019 r., gdzie producent oświadcza, że oprawy są wyposażone w programowalne zasilacze i na etapie produkcji można zadawać na etapie produkcji oprawie dowolną moc i będą one też posiadać certyfikat ENEC;

4) dowód 4 - pismo z 19.07.2019 r. wezwanie zamawiającego do odwołującego o dostarczenie próbek opraw przedstawionych w ofercie;

5) dowód 5 - odpowiedź odwołującego z 24.07.2019 r. na pismo zamawiającego - brak w tym piśmie informacji o oprawach 75 i 45 W - moc zasilacza;

11) dowód 11 - oświadczenia w zakresie art. 17 ust. 2 Pzp z dokumentacji Izby na wykazanie, że biegli złożyli zamawiającemu odpowiedni dokument;

[dokumenty wskazane jako dowody od 1 do 5 i 11 znajdują się w dokumentacji postępowania odwoławczego];

B) odwołującego:

6) dowód 6 - strona 24 z SIWZ ustęp 10 pkt 1 na okoliczność sformułowania definicji typoszeregu zastosowanej przez zamawiającego;

7) dowód 7 - Ekspertyza 01/09/2019 biegłego powołanego przez zamawiającego, gdzie w zasilaczu 75 W ściszonym do 26 W (około 70%) współczynnik mocy dalej wynosi więcej niż wymagany przez Zamawiającego;

8) dowód 8 - wyniki badań fotometrycznych (w języku obcym) prowadzone przez niezależne placówki w Polsce i w Chinach z wynikami na poziomie 140 i więcej lumenów;

9) dowód 9 - str. 10 akapit 3 wiersze 23-26 od góry SIWZ na wykazanie, że ani oświadczenie Odwołującego, ani próbka nie były niezgodne z SIWZ w zakresie skuteczności świetlnej;

10) dowód 10 - str. 1 i 2 pisma firmy BND LIGHT z 16.04.2019 r. na okoliczność wykazania skuteczności świetlnej, która wyniosła 172, czyli więcej, niż w ofercie Odwołującego;

[dokumenty wskazane jako dowody 6, 7 i 9 znajdują się w dokumentacji postępowania odwoławczego].

Izba nie wzięła pod uwagę dowodu 8 złożonego przez odwołującego, gdyż dokument ten jest sporządzony w języku obcym i został złożony bez tłumaczenia na język polski.

W ocenie Izby zarzut pierwszy lit. a naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - przez błędne uznanie, że oferta odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, a co za tym idzie przez odrzucenie oferty odwołującego podczas gdy oferta odwołującego spełnia wszystkie wymogi określone w SIWZ przez zamawiającego, w tym wymóg dotyczący, aby „oprawa wykonana w II klasie ochronności elektrycznej, znamionowe napięcie zasilania 230V/50Hz współczynnik mocy oprawy nie niższy jak 0,927 dla znamionowego obciążenia" - nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zgodnie z postanowieniem str. 7 wiersze 12-11 od dołu SIWZ zamawiający wymagał dostarczenia na żądanie zamawiającego po jednym egzemplarzu wzorów proponowanego sprzętu danego modelu. Postanowienie str. 7 wiersze 12-11 od dołu SIWZ brzmi »Wykonawca dostarczy na wezwanie Zamawiającego wzory proponowanego sprzętu po jednym egzemplarzu danego modelu [...]«. Zgodnie ze »Słownikiem języka polskiego« Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2012 r. model to (1) «wzór, według którego coś jest wykonywane«. Ponadto, zgodnie z rozdz. 6 ust. 10 pkt 1 SIWZ wykonawca zobowiązany był cyt. »złożyć próbki oferowanych kompletnych opraw po 1 szt. z każdego typoszeregu [.]«. Zdaniem Izby nie może ulegać wątpliwości, że po takich postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca na wezwanie zamawiającego miał obowiązek dostarczyć wymagany model urządzenia, czyli kompletną oprawę charakteryzującą się oferowanymi cechami, a w tym m.in. z odpowiednim zasilaczem i jeżeli wykonawca (odwołujący) oferował oprawy z różnymi zasilaczami, od których zależy w szczególności oszczędność zużycia energii, to znaczy oferował różne modele, a więc taki wykonawca (odwołujący) nie może nie dostarczyć zamawiającemu na żądanie zamawiającego żądanego modelu oferowanego urządzenia. Tak więc odmowa odwołującego dostarczenia modelu oprawy musi skutkować odrzuceniem oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Jednak odwołujący nie złożył zamawiającemu próbek opraw dla mocy 18 i 19 W, na co na rozprawie wskazał niezaprzeczoną przez odwołującego uwagę zamawiający, cyt. »Odwołujący przyznał, że jego oprawy nie posiadają tej sprawności dla mocy 18 i 19 W i dlatego wprowadził trzeci typoszereg 40 W«.

Izba musi taki brak (niedostarczenie modelu oprawy) - mimo wezwania zamawiającego - uznać jako nie odpowiadanie treści (czyli zawartości) oferty odwołującego treści SIWZ zamawiającego. Czyli zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę odwołującego zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Nie mają tu więc znaczenia dalsze rozważania odwołującego i podnoszone argumenty przez odwołującego, że oferta spełnia wymagania zamawiającego, gdyż stanowisko odwołującego nie ma wpływu na wynik postępowania, co wynika z treści art. '192 ust. 2 Pzp, który to przepis brzmi »Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia«.

W związku z tym Izba nie może uwzględnić zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W ocenie Izby zarzut trzeci naruszenia art. 7 ust. 2 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp - przez przeprowadzenie przez zamawiającego czynności (czynności badania oferty odwołującego przez biegłego) przez osoby, w stosunku do których istnieją wątpliwości co do bezstronności i obiektywizmu tj. przez zaniechanie przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu tj. pracowników biegłego, który wykonywał na zlecenie zamawiającego czynności złożenia w formie pisemnej oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności wskazanych w art. 17 ust. 1 Pzp pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, a tym samym przez nieprzeprowadzenie przez zamawiającego badania, czy osoby dokonujące oceny na zlecenie zamawiającego oceny jednej z ofert nie podlegają wykluczeniu od udziału w postępowaniu - nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający dochował obowiązku wymagania od osób wykonujących czynności w postępowaniu zamówieniowym złożenia pisemnego oświadczenia o niepodleganiu wyłączeniu. Zamawiający na rozprawie przytoczył dowód 11 - odpowiednie oświadczenie wymagane zgodnie z art. 17 ust. 2 Pzp, który to przepis brzmi »Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają, pod rygorem

odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, w formie pisemnej

oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 1. Przed odebraniem oświadczenia, kierownik zamawiającego lub osoba, której powierzył czynności w postępowaniu, uprzedza osoby składające oświadczenie o odpowiedzialności karnej za złożenie

fałszywego oświadczenia«. Ponadto odwołujący nie wykazywał naruszenia przez

zamawiającego art. 7 ust. 2 Pzp, który to przepis brzmi »Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują

osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm«.

W związku z tym Izba nie może uwzględnić zarzutu naruszenia art. 7 ust. 2 Pzp w zw. art. 17 ust. 2 Pzp.

W ocenie Izby zarzut pierwszy lit. b naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - przez błędne,

zupełnie dowolne, nieuzasadnione, a tym samym co najmniej przedwczesne uznanie, że

oferta złożona przez wykonawcę E jest zgodna z treścią SIWZ, bez wezwania wykonawcy E

do złożenia próbek, a także w konsekwencji bez zlecenia badania takich próbek przez

biegłego - w sytuacji, gdy analiza oferty złożonej przez wykonawcę E wykazuje na uzasadnione wątpliwości co do jej zgodności z treścią SIWZ, a także w ocenie Izby zarzut drugi naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp - przez:

a) brak wezwania wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, a w szczególności wykonawcy E, którego oferta wybrana została przez zamawiającego jako najkorzystniejsza, do złożenia próbek oferowanych kompletnych opraw po 1 szt. z każdego typoszeregu tj. oprawy o reprezentatywnych

wymiarach i o maksymalnej mocy z danego typoszeregu,

b) stosowanie przez zamawiającego odmiennych w stosunku do poszczególnych wykonawców i niezrozumiałych przez odwołującego, kryteriów oceny ofert pod

kątem spełniania przez oferowane przedmioty dostawy wymagań zamawiającego,

c) nierówne traktowanie wykonawców na etapie oceny ofert, przez formułowanie w stosunku do odwołującego wezwań do dostarczenia dodatkowych dokumentów na okoliczność potwierdzenia zgodności oferty z treścią SIWZ, przy jednoczesnym

odstąpieniu zamawiającego od formułowania takich wezwań w analogicznym stanie

faktycznym stosunku do wykonawcy E,

d) zlecenie przez zamawiającego, a w konsekwencji przeprowadzenie badania przez biegłego dopuszczonego do udziału w postępowaniu wyłącznie oferty odwołującego, a zaniechanie badania ofert złożonych przez pozostałych wykonawców,

e) sformułowanie przez zamawiającego zlecenia i pytań szczegółowych do biegłego dopuszczonego do udziału w postępowaniu w sposób nierzetelny i nieobiektywny, wskazujący a priori już przed zleceniem badania wprost na fakt występowania niezgodności pomiędzy ofertą odwołującego a treścią SIWZ,

f) świadome powołanie przez zamawiającego instytucji do wykonywania obowiązków i zadań biegłego w postępowaniu spośród podmiotów nieposiadających akredytacji PCA

- oraz w ocenie Izby zarzut czwarty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp - przez zaniechanie przez zamawiającego wezwania wszystkich wykonawców, a w szczególności wykonawcy, którego oferta wybrana została przez zamawiającego jako najkorzystniejsza tj. wykonawcy E, do złożenia próbki oferowanych kompletnych opraw po 1 szt., z każdego typoszeregu tj. oprawy o reprezentatywnych wymiarach i o maksymalnej mocy z danego typoszeregu, w sytuacji gdy taki obowiązek jednoznacznie wynikał z treści pkt III.6 ogłoszenia oraz z treści rozdz. 6 pkt 10 SIWZ - nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że wskazywane przez odwołującego przepisy brzmią:

1) przepis art. 7 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności

i przejrzystości«;

2) przepis art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające [...] spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego [...] zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert«;

3) przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [.] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Ponadto Izba wskazuje, że zamawiający prowadził postępowanie w tzw. procedurze odwróconej, zgodnie z art. 24aa ust. 1 Pzp, a przepis ten brzmi »Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu«. Jest to procedura stosunkowo świeża [art. 24aa Pzp został wprowadzony ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020 i 1920), która weszła w życie z dniem 28 lipca 2016 r.] i dlatego wykonawcy mogą mieć jeszcze wątpliwości do stosowania tej procedury.

Ponadto istotne jest, że oferta wykonawcy E jest drugą ofertą po ofercie odwołującego w ocenie ofert w związku z tym odwołujący nie ma interesu w stosowaniu środków ochrony prawnej, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy«. Jeżeli odwołujący wykaże, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu to oferta odwołującego zostanie wybrana jako oferta najkorzystniejsza, a więc nie będzie miało wpływu na wynik postępowania odrzucenie czy nie odrzucenie oferty wykonawcy E i zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba nie będzie mogła uwzględnić odwołania dotyczącego oferty wykonawcy E, a przepis art. 192 ust. 2 Pzp brzmi »Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia«. Natomiast jeżeli odwołujący nie wykaże, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu to oferta odwołującego zostanie odrzucona i odwołujący nie będzie mógł wykazać, że ma interes w uzyskaniu danego zamówienia (bo odrzucona oferta odwołującego nie będzie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza) oraz odwołujący nie będzie mógł wykazać poniesienia ani nawet możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W związku z tym oraz stwierdzeniem odwołującego na posiedzeniu z udziałem stron cyt. »[.] gdyby Izba uznała, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ i podlega odrzuceniu i zostałby wybrana oferta wykonawcy E - nie byłoby przyczyn do odrzucenia oferty wykonawcy E i tym samym unieważnienia postępowania« Izba stwierdza, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp nie może zostać uwzględniony.

Zamawiający - podczas prowadzenia postępowania - nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia

Przewodniczący: .....