Sygn. akt KIO 1689/20

WYROK

z dnia 31 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2020 r. przez Odwołującego - wykonawcę POLLIGHT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gminę Pawłów, przy udziale wykonawcy DP System sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

   2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 1689/20

Uzasadnienie

Gmina Pawłów, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843),

zwanej dalej „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Pawłów", dofinansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Działania 3.4 „Strategia niskoemisyjna, wsparcie zrównoważonej multimodalnej mobilności miejskiej" Osi 3 „Efektywna i zielona energia" Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020, zwane dalej „Postępowaniem".

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 19 marca 2020 r., pod nr 202/S 056-132143.

10 lipca 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Pollight sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie o odrzuceniu jego oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia („SIWZ"), co ww. wykonawca („Odwołujący") zaskarżył odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba" lub „KIO") w dniu 20 lipca 2020 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że Odwołujący złożył ofertę, której treść jest zgodna z treścią SIWZ, w sytuacji gdy badanie nie zostało przeprowadzone przez akredytowane laboratorium, jak również Zamawiający nie był uprawniony do przebadania wybranych opraw na etapie oceny i badania ofert;

2. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

2. wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie spełniania wymagań dla opraw oświetleniowych;

3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący przytoczył następujące okoliczności stanu faktycznego.

W dniu 10 lipca 2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ") w zakresie parametrów przedmiotu zamówienia, co potwierdza dokonana ocena wyjaśnień wraz ze założonymi dowodami oraz przeprowadzona przez niezależną akredytowaną jednostkę ekspertyza próbek opraw lamp oświetleniowych.

Zamawiający wskazał, że stosownie do wymagań opraw LED zawartych w SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia (Dział III) oraz w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (Załącznik nr 5) wszystkie oprawy winny być wyposażone w zasilacze o minimalnych parametrach dotyczących m. in. THD<8 oraz sprawności nie mniejszej niż 90 %.

W ocenie Zamawiającego z dostarczonych przez Odwołującego w dniu 19 maja 2020 r. dokumentów, tj. kart katalogowych opraw producenta SINCO dla modelu ST-52 o mocy 26W (model 30W), ST-52 o mocy 35W i ST-52 o mocy 50W wynikało, że ww. parametry są spełnione.

Zamawiający wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp Odwołujący podał, że wszystkie zaoferowane oprawy ST-52 wyposażane są w zasilacz marki OSRAM (OT 40/170-240/1A0 4 DIMLT2 G2 CE), a na potwierdzenie załączył specyfikację techniczną tego zasilacza. Ze specyfikacji tej wynikało, że całkowite zniekształcenie harmoniczne wynosi <10%.

Wobec powyższych, sprzecznych według Zamawiającego danych, Zamawiający zlecił

ekspertyzę dostarczonych przez Odwołującego 3 próbek opraw (po 1 szt. dla modelu ST-52 o mocy 26 W, ST-52 o mocy 35 W i ST-52 o mocy 50W), w zakresie wybranych parametrów opraw oraz układu zasilania (zasilacza). Zamawiający przekazał przedmiotowe próbki do Instytutu Elektroenergetyki Politechniki Warszawskiej, gdzie badaniu zostały poddane m. in. sprawność zasilacza - pomiar elektryczny - 3 szt. opraw oraz całkowite zniekształcenie harmoniczne (THD) - 1 szt. wybrana oprawa.

Wyniki badań oprawy ST-52 o mocy 26W przeprowadzonych przez Zamawiającego wykazały, jakoby sprawność zasilacza oprawy, wyrażona w procentach wynosi 85,2%, a zatem nie spełnia wymogu sprawności na poziomie nie mniejszym niż 90 %.

Wyniki badań oprawy ST-52 o mocy 35W wykazały, jakoby sprawność zasilacza oprawy, wyrażona w procentach wynosi 86,3%, a zatem nie spełnia wymogu sprawności na poziomie nie mniejszym niż 90 %.

Wyniki badań oprawy ST-52 o mocy 50W wykazały, jakoby sprawność zasilacza oprawy, wyrażona w procentach wynosi 88,2%, a zatem nie spełnia wymogu sprawności na poziomie nie mniejszym niż 90 %.

Zamawiający wskazał, że we wszystkich oprawach była zamontowany układ zasilający: Optotronic (OT40/170-240/1A0 4DIMLT2 G2 CE).

Wyniki pomiarów elektrycznych oprawy ST-52 o mocy 35W wykazały, że całkowite zniekształcenie harmoniczne prądu wynosi 8,17%, a zatem nie spełnia wymogu THD określonego w SIWZ na poziomie <8.

Zamawiający wskazał, że wyniki badań wykonanych w laboratorium Zakładu Techniki Świetlnej Politechniki Warszawskiej ujęto w sporządzonej w dniu 2 lipca 2020 r. ekspertyzie 01/07/2020.

Zamawiający uznał, że parametr dotyczący THD<8 oraz sprawności zasilacza nie mniejszej niż 90% nie został spełniony w odniesieniu do oferowanych przez Odwołującego opraw i stoi na przeszkodzie wykonaniu modernizacji oświetlenia zgodnie z założeniami Zamawiającego.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący stwierdził, że nie zgadza się ze stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego w zakresie dotyczącym odrzucenia jego oferty. W jego ocenie oferta jest zgodna z SIWZ, a w konsekwencji winna podlegać dalszej ocenie i badaniu, co może doprowadzić do uznania jej za ofertę najkorzystniejszą.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis powyższy koresponduje z normą art. 82 ust. 3 Pzp, zgodnie z którą treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający badając ofertę Odwołującego nie zachował przede wszystkim reguł ustanowionych w treści SIWZ, w odniesieniu do badania kwestii merytorycznych wynikających z oferty, tj. oceny czy oferta spełnia parametry techniczne określone w dokumentacji przetargowej.

Zamawiający w pkt 3 str. 8 SIWZ „Uwaga" wskazał, że „Zamawiający zastrzega sobie prawo przebadania na koszt dostawcy wybranych opraw tj. po 3 szt. z każdej zainstalowanej mocy i przebadanie ich w akredytowanym laboratorium. W przypadku nie spełnienia norm określonych w przetargu Wykonawca pokryje koszt badań po 1 sztuce na każdym obwodzie i ewentualną wymianę na lampy o określonych wyżej parametrach".

Z powyższego wynika w sposób jednoznaczny, iż: po pierwsze przebadania wybranych opraw nastąpi po ich instalacji, a więc na etapie realizacji zamówienia, po drugie badanie to nastąpi w akredytowanym laboratorium.

Biorąc pod uwagę, że Zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, co za tym idzie - nie zawarł umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia, nie mógł skutecznie przeprowadzić badania wybranych oprawa z zainstalowanej mocy. Co więcej, nawet gdyby uznać, że mógł przeprowadzić powyższe badania na etapie oceny i badania ofert, to pamiętać należy, że badanie takie należy wykonać w akredytowanym laboratorium.

Tymczasem działania podjęte przez Zamawiającego wskazują, że nie przeprowadził rzeczonych badań w akredytowanych laboratorium, jak również nie był uprawniony do ich przeprowadzenia na etapie oceny i badania oferty.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że sporządzona przez Politechnikę Warszawską Instytut Elektroenergetyki na zlecenie Zamawiającego „Ekspertyza 01/07/2020 dotycząca weryfikacji parametrów fotometrycznych, kolorymetrycznych oraz elektrycznych dla wybranych trzech opraw oświetleniowych typu LED", nie może być miarodajna do oceny, że oferta Odwołującego nie spełnia wymagań wynikających z dokumentacji przetargowej. Odwołujący wskazał bowiem, że badanie opraw nastąpi w akredytowanym laboratorium. W ocenie Odwołującego celem prowadzenia badań w akredytowanym laboratorium jest zapewnienie porównywalności badania dla każdej z dowolnych próbek, w oparciu o ustandaryzowane wytyczne i właściwe normy. Zamawiający w treści SIWZ nie wskazał w jaki sposób winny odbywać się badania, nie opisał tych badań. Ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że badania będą prowadzone przez akredytowane laboratorium. Zaniechanie opisania sposobu oraz rodzaju badań nie zwalnia jednak Zamawiającego z obowiązku zapewnienia akredytowanego laboratorium.

Odwołujący dodał, że Instytut Elektroenergetyki Politechniki Warszawskiej nie jest akredytowanym laboratorium uprawnionym do przeprowadzenia badań elektrycznych i elektronicznych. Lista podmiotów uprawnionych do przeprowadzenia badań w powyższym zakresie zamieszczona jest na stronie Polskiego Centrum Akredytacji. Wśród 24 akredytowanych podmiotów uprawnionych do przeprowadzenia badań elektrycznych i elektronicznych nie wyszczególniano Instytutu Elektroenergetyki Politechniki Warszawskiej. A skoro tak, to wskazać należy, że sporządzona przez ww. podmiot opinia nie ma żadnego znaczenia dla oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Z treści ekspertyzy wynika, że analizę wykonano na podstawie badań bezpośrednich. Pomiary wykonano w laboratorium Zakładu Techniki Świetlnej Politechniki Warszawskiej, przez pracowników Zakładu Techniki Świetlnej Politechniki Warszawskiej, na podstawie zlecenia pracy badawczej oraz Polskich Norm. Nie wskazano przy tym jakie normy brano pod uwagę i czy przeprowadzone badania odpowiadają standardom badań prowadzonych przez akredytowane laboratoria. Okoliczności te, w ocenie Odwołującego, są kluczowe dla oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Brak ww. informacji uniemożliwia przypisanie wiarygodności sporządzonej opinii.

Jak wskazano na stronie internetowej Polskiego Centrum Akredytacji przez akredytację należy rozumieć jako formalne uznanie przez upoważnioną jednostkę akredytującą kompetencji organizacji działających w obszarze oceny zgodności, czyli jednostek certyfikujących, inspekcyjnych lub laboratoriów do wykonywania określonych działań. Upoważnienie jednostki akredytującej jest zwykle uzyskiwane od rządu. Akredytacja służy budowaniu i umacnianiu zaufania do wyników wzorcowań, badań i inspekcji, certyfikowanych wyrobów i usług, kwalifikacji' certyfikowanych osób oraz certyfikowanych systemów zarządzania. Zasady akredytacji ujęte są w międzynarodowych normach i wytycznych, w których określone są wymagania, zarówno dla jednostek akredytujących, jak i dla podlegających akredytacji jednostek oceniających zgodność. Uzyskanie akredytacji oznacza, że akredytowane podmioty zostały ocenione według tych norm i wytycznych.

W świetle powyższego należy wskazać, iż podmiot sporządzający ekspertyzę, na którą powołuje się Zamawiający, nie może być uznany za akredytowane laboratorium. Sporządzona przez Instytut Elektroenergetyki ekspertyza nie może być zatem podstawą do odrzucenia oferty.

Odwołujący podał, że wystąpił do Zamawiającego o przedstawienie szczegółowych zagadnień w związku z przeprowadzonymi badaniami. Na dzień wniesienia odwołania Zamawiający nie przedstawił stanowiska.

Odwołujący podał kolejno, że nie zgadza się z dokonanym przez Zamawiającego badaniem opraw świetlnych na etapie oceny i badania ofert, gdyż w jego ocenie Zamawiający nie był uprawniony do dokonywania tego typu czynności. Okoliczność ta wynika wprost z przytoczonego powyżej postanowienia SIWZ. Co więcej, Zamawiający potwierdził powyższe także w treści umowy, stanowiącej Załącznik nr 9 do SIWZ. W § 10 ust. 8 i 9 umowy wskazano, że:

„[•••]

8. Zamawiający zastrzega sobie prawo przebadania na koszt Wykonawcy wybranych opraw tj. po 3 szt. z każdej zainstalowanej mocy i przebadanie ich w akredytowanym laboratorium.

9. W przypadku nie spełnienia norm określonych w przetargu Wykonawca pokryje koszt badań po 1 sztuce na każdym obwodzie i ewentualną wymianę na lampy o określonych w SIWZ parametrach.

Odwołujący dodał, że w odpowiedzi na pytanie nr 3 z dnia 21 kwietnia 2020 r. o treści:

„Prosimy o wyjaśnienia czy dla niniejszego postępowania Zamawiający wymagał będzie, aby oferowane oprawy posiadały certyfikat akredytowanego ośrodka badawczego, potwierdzający spełnienie deklarowanych przez producenta parametrów i procesów produkcji - np. certyfikat ENEC lub równoważny. Pragniemy zaznaczyć, że wymóg przedstawienia ww. certyfikatu dla opraw oświetleniowych jest powszechnym standardem dla inwestycji realizowanych w związku z przeprowadzeniem modernizacji oświetlenia drogowego w gminach w Polsce oraz pozwala Inwestorowi na sprawdzenie wiarygodności deklarowanych przez producenta parametrów technicznych opraw. Z uwagi, że ww. certyfikat jest wydawany przez niezależne od producenta jednostki badawcze, rozszerzenie wymaganych dokumentów o certyfikat ENEC uchroni Zamawiającego od ofert nieuczciwych producentów”, Zamawiający wskazał, że „Zamawiający podtrzymuje dotychczasowe zapisy SIWZ. Dla Zamawiającego wystarczająca będzie deklaracja producenta zawierająca wykaz podstawowych parametrów i ich wartości dla każdej oprawy. Ich weryfikację Zamawiający może zlecić wysyłając wybrane produkty do laboratorium z akredytacją na koszt wykonawcy”.

Z powyższego wynika, że Zamawiający dokonana oceny i badania oferty na podstawie dokumentów złożonych na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp potwierdzających, że oferowane przez wykonawców oprawy posiadają wymagane parametry techniczne.

Zgodnie bowiem z pkt 6.5 SIWZ:

„W celu potwierdzenia że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego Wykonawca na wezwanie Zamawiającego złoży następujące dokumenty:

6.5.1. dokumenty potwierdzające spełnienie parametrów technicznych wskazanych w specyfikacji technicznej poszczególnych typów opraw (np. karta katalogowa, atesty, specyfikacje techniczne), deklarację zgodności CE oraz certyfikat wydany przez niezależną jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdanie z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę, jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność z wymaganiami/cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, tj. potwierdzenia sprawności oświetlenia oprawy.

6.5.2. próbki oferowanych kompletnych opraw po 1 szt., z każdego typoszeregu, co oznacza dostarczenie oprawy o reprezentatywnych wymiarach oprawy i o maksymalnej mocy z danego typoszeregu. Wykonawca poprzez złożone próbki opraw z typoszeregu wskazanego w ofercie winien wykazać spełnianie odpowiednich parametrów techniczno-użytkowych określonych w SIWZ”.

Z treści przywołanych powyżej postanowień SIWZ, przy uwzględnieniu postanowień umowy oraz udzielonych wyjaśnień treści SIWZ, wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że badanie opraw, tj. po 3 sztuki z każdej zainstalowanej mocy, nastąpi na etapie realizacji zamówienia, nie zaś na etapie oceny i badania ofert. Gdyby było inaczej Zamawiający nie wskazałby w § 10 ust. 9 umowy, że „w przypadku nie spełnienia norm określonych w przetargu Wykonawca pokryje koszt badań po 1 sztuce na każdym obwodzie i ewentualną wymianę na lampy o określonych w SIWZ parametrach”.

W ocenie Odwołującego przeprowadzenie badań wybranych opraw wykracza poza ramy wynikające z SIWZ. Badanie takie nie jest uzasadnione i nie może być wiążące zarówno dla Zamawiającego, jak i dla Odwołującego. Skoro tak, to ocena i badania oferty Odwołującego powinna nastąpić w oparciu o dostarczone karty katalogowe oferowanych opraw. Ewentualne wątpliwości co do parametrów oferowanych rozwiązań winny być wyjaśnione w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

W tym miejscu należy wskazać, że niewątpliwie wyjaśnienia treści oferty w powyższym zakresie, pozwoliłyby Zamawiającemu na zweryfikowanie czy rzeczywiście zachodzą przesłanki uzasadniające odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Podkreślić bowiem należy, że zgodnie z zdaniem pierwszym art. 87 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Zawarte w ww. przepisie uprawnienie Zamawiającego do wezwania wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, może jednakże przerodzić się w obowiązek Zamawiającego w sytuacji, gdy oferta wykonawcy miałaby podlegać odrzuceniu. Powyższe uzasadniają zasady uczciwej konkurencji oraz równego

traktowania wykonawców wyrażone w art 7 Pzp.

Zamawiający zaniechał przeprowadzenia wyjaśnień w odniesieniu do złożonych przez Odwołującego dokumentów potwierdzających, że oferowane przez Odwołującego rozwiązania są zgodne z treścią SIWZ.

Podkreślenia wymaga, że wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp nie mają jednokrotnego charakteru. Zamawiający uprawniony jest bowiem w każdym czasie żądać dodatkowych wyjaśnień, jeżeli złożona oferta budzi jego wątpliwości co do spełniania wymagań w zakresie oferowanych rozwiązań.

Reasumując należy wskazać, że oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymagania określone w dokumentacji przetargowej. Odwołujący zaoferował oprawy oraz zasilacz, których parametry są zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Z treści złożonych dokumentów wynika, że parametr dotyczący THD< 8 oraz sprawności zasilacza nie mniszej niż 90 % został spełniony w odniesieniu do oferowanych przez Odwołującego opraw. Wbrew twierdzeniom

Zamawiającego nic nie stoi na przeszkodzie wykonania modernizacji systemu oświetlenia, zgodnie z założeniami wynikającymi z dokumentacji przetargowej.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w powołaniu na niżej wskazaną argumentację.

Zamawiający podał na wstępie, że wśród wymagań technicznych odnoszących się do układu zasilającego zestawu LED wskazał m.in., że zasilacz dostarczony przez wykonawcę powinien emitować zniekształcenia harmoniczne na poziomie THD < 8, zaś jego sprawność powinna być nie mniejsza niż 90%.

Jak wskazuje Odwołujący w treści wniesionego odwołania na str. 7 SIWZ została zawarta uwaga odnosząca się do możliwości weryfikacji parametrów zainstalowanych lamp oświetleniowych przy wykorzystaniu usług akredytowanego laboratorium.

„Uwaga:

Zamawiający zastrzega sobie prawo przebadania na koszt dostawcy wybranych opraw tj. po 3 szt. z każdej zainstalowanej mocy i przebadanie ich w akredytowanym laboratorium.
W przypadku nie spełnienia norm określonych w przetargu Wykonawca pokryje koszt badań po 1 sztuce na każdym obwodzie i ewentualną wymianę na lampy o określonych wyżej parametrach”.

Treść powyższego postanowienia SIWZ stała się podstawą zakwestionowania działań Zamawiającego w treści wniesionego odwołania. Otóż proces badania i oceny ofert regulują stosowne przepisy Pzp, podbudowane praktyką oraz orzecznictwem, i nie ma potrzeby aby Zamawiający w ściśle precyzyjny sposób regulował tę kwestię. Każdy sposób dochodzenia prawdy materialnej związanej z oceną zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego jest dopuszczalny, o ile Zamawiający w tym procesie nie dyskryminuje określonych wykonawców w stosunku do pozostałych, lub nie dokonał uprzywilejowania któregokolwiek z nich (stosownie do treści art. 7 ust. 1 Pzp).
Jednakże przepisy Pzp nie regulują kwestii oceny zgodności przedmiotu dostawy na etapie realizacji zamówienia z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w treści SIWZ. Stąd też przedmiotowej sprawie takie regulacje znalazły się w dziale SIWZ zawierającym opis przedmiotu zamówienia. Stanowi to bowiem sygnał dla wykonawców aby z rozwagą składali oświadczenia na etapie Postępowania, co do cech zaoferowanego świadczenia, jak również aby rzetelnie prezentowali dokumenty przedmiotowe, gdyż ich oświadczenia będą mogły podlegać weryfikacji nawet na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, tj. już po zainstalowaniu przedmiotu zamówienia. Z praktyki Zamawiającego wynika bowiem, że wykonawcy składając określone oświadczenia na etapie postępowania w zakresie zgodności przedmiotu zamówienia z wymaganiami podmiotu zamawiającego pozostają nierzadko w przeświadczeniu, że na etapie dostawy (gdzie weryfikacja parametrów jest bardzo utrudniona i kosztowna choćby ze względu na konieczność demontażu dostarczonych urządzeń) takie czynności nie będą prowadzone. Aby temu zapobiec Zamawiający już w treści SIWZ zastrzegł sobie takie prawo. Jednakże w tym przypadku okoliczność związana ze zgodnością zaoferowanego przedmiotu zamówienia wystąpiła już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, jej źródłem były dokumenty złożone przez Odwołującego, i stąd była ona rzetelnie sprawdzona przez Zamawiającego z wykorzystaniem dodatkowych środków w postaci badań laboratoryjnych.

Zamawiający podał następnie, że w pkt 6.5. SIWZ wskazał, że:

„W celu potwierdzenia że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego Wykonawca na wezwanie Zamawiającego złoży następujące dokumenty:
6.5.1. dokumenty potwierdzające spełnienie parametrów technicznych wskazanych

w specyfikacji technicznej poszczególnych typów opraw (np. karta katalogowa, atesty, specyfikacje techniczne), deklarację zgodności CE oraz certyfikat wydany przez niezależną jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdanie z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę, jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność z wymaganiami/cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, tj. potwierdzenia sprawności oświetlenia oprawy [...]".

Zamawiający pismem z dnia 06.05.2020 r., działając na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, wezwał Odwołującego m.in. do złożenia dokumentów przedmiotowych, a więc określonych w pkt 6.5.1. SIWZ (dokumenty przedmiotowe oraz próbki lamp z każdego typoszeregu).

W związku z wezwaniem Odwołujący złożył szereg dokumentów, w tym karty katalogowe opraw:

- SINOCO seria ST-52 model oprawy ST-52-30W o mocy zaprogramowanej 26W i wymiarach 525 x 255 x 125 mm, parametrach układu zasilania THD < 8 i sprawności zasilacza > 90%;

- SINOCO seria ST-52 model oprawy ST-52-35W o mocy zaprogramowanej 35W i wymiarach 525 x 255 x 125 mm, parametrach układu zasilania THD < 8 i sprawności zasilacza > 90%;

- SINOCO seria ST-52 model oprawy ST-52-50W o mocy zaprogramowanej 50W i wymiarach 525 x 255 x 125 mm, parametrach układu zasilania THD < 8 i sprawności zasilacza > 90%;

- deklarację zgodności wraz z tłumaczeniem dla lamp SINOCO modele ST-52-30W, ST-52-35W oraz ST-52-50W;

- badanie fotometryczne opraw oświetleniowych SINOCO model ST-52-50W wykonanego przez BND LIGHT B. N., z którego wynika, że badaniom została poddana oprawa o wymiarach 400 x 250 x 80 mm.

Odwołujący w związku z wezwaniem z dnia 06.05.2020 r. złożył wymagane dokumenty oraz próbkę oprawy (próbka oprawy o mocy 50W), które zostały poddane ocenie przez Zamawiającego. Stwierdzone rozbieżności oraz złożenie próbki tylko jednego typu oprawy wymagały wezwania do złożenia wyjaśnień w związku z istniejącymi rozbieżnościami.
W wyniku tej oceny Zamawiający wystosował do Odwołującego wezwanie w dniu 27.05.2020 r. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do treści powyższego wezwania Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że Odwołujący złożył tylko jedną próbkę oprawy (o mocy 50W) mimo tego, że z treści SIWZ wynikało jednoznacznie, że próbki mają obejmować po 1 szt. każdego typoszeregu.
Opis przedmiotu zamówienia wskazywał następujące rodzaje lamp:

- LED 26W-30W (z możliwością regulacji) - 340 szt.;

- LED 35W-40W (z możliwością regulacji) - 2.206 szt.;

- LED 52W-55W (z możliwością regulacji) - 220 szt.

Następnie Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wskazując m.in., że wykonawca złożył tylko jedną próbkę oprawy o mocy 50W (pomimo wymogu aby było to 3 próbki, w tym oprawa o regulowanej mocy 52-55W). Dodatkowo Zamawiający zwrócił uwagę, że dostarczone karty katalogowe, w których moc oprawy wynosi 26W, zaś oznaczenie modelu oprawy (seria ST-52-30W) wskazuje na moc 30W. Ponadto Zamawiający zwrócił też uwagę, że z kolejnej karty katalogowej wynika moc oprawy 50W a wymagane było dostarczenie dokumentacji dla mocy 52-55W.
Następnie Zamawiający odniósł się do typoszeregu mocy opraw, do których odnosiły się karty katalogowe złożone przez Odwołującego i rozbieżności w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia, jak również okoliczności, że wskazane oprawy model ST-52 nie odnoszą się do warunku związanego z zakresem temperatury otoczenia pracy zasilacza. W dalszej kolejności

Zamawiający w wezwaniu wskazywał, że brak jest jednoznacznego potwierdzenia parametrów dotyczących barwy, wskaźnika oddawania barw oraz żywotności, jak również zwrócił uwagę, że dołączone wyniki badań z dnia 16.05.2020 r. odnoszą się do lampy o zupełnie innych wymiarach niż zaoferowana (w wynikach badań jest 440 x 250 x 80 mm, natomiast w karcie katalogowej 525 x 255 x 125 mm). Wszystkie te rozbieżności wzbudziły u Zamawiającego uzasadnione wątpliwości, co do rzeczywistego przedmiotu świadczenia ujętego w treści oferty i tym samym zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący, pismem z dnia 01.06.2020 r., udzielił wyczerpujących wyjaśnień, w tym wskazał, że odnosząc się do Programu Funkcjonalno-Użytkowego oraz audytu (załączniki do SIWZ) wskazując liczbę poszczególnych typów opraw, odniósł się również do wyjaśnień SIWZ, gdzie zostało wskazane, że parametry dotyczące mocy należy rozumieć jako moce maksymalne nieprzekraczalne. Odwołujący w powyższych wyjaśnieniach wskazał jak rozumie kwestię obowiązku złożenia próbki typoszeregu lampy wskazując jednocześnie, że ze względu na wolę rozwiania wątpliwości składa dodatkowo 2 próbki lamp o mocach 26W i 35W. Co niezwykle istotne, w tym samym piśmie, Odwołujący doprecyzował markę i model oferowanego zasilacza do proponowanych opraw, tj. wskazał producenta OSRAM model OT (Optitronic) typ 20/170.. .240/1A0 4DIMLT2 G2 CE. Powyższe wskazanie odnosiło się do pytania Zamawiającego zawartego w piśmie z dnia 27.05.2020 r. a dotyczącego wskazania zakresu pracy opraw dla pełnej żywotności zasilacza w zakresie temperatur od -40°C do +55°C. W tym miejscu po raz pierwszy w prowadzonym postępowaniu pojawiła się nazwa własna oferowanego przez Odwołującego zasilacza.

W konsekwencji, w przedmiotowej sprawie niezgodność oferowanych produktów (zasilaczy do nich) z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego ujawniła się już na etapie oceny i badania ofert. Podstawą do takiego założenia jest treść dokumentów przedmiotowych złożonych przez Odwołującego w postaci karty katalogowej zasilacza OSRAM model OT typ 40/170.240/1A0 4DIMLT2 G2 CE. Z tego dokumentu wynika bowiem, że oferowany przez Odwołującego zasilacz emituje zniekształcenia harmoniczne THD na poziomie <10. Dokument ten stanowił wystarczającą podstawę do uznania, że zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie nie spełnia wymagań określonych w treści SIWZ. Sporządzona na zlecenie Zamawiającego ekspertyza ma jedynie charakter pomocniczy i jest wynikiem przedstawienia przez Odwołującego sprzecznych informacji w odniesieniu do tego samego parametru zasilacza, tj. poziomu zniekształceń harmonicznych THD na poziomie <8% w pierwszym oświadczeniu i <10% po sprecyzowaniu rodzaju dedykowanego do opraw zasilacza i złożonej dla niego karty katalogowej.

Zamawiający do odrzucenia oferty wykonawcy w zasadzie nie miał obowiązku zlecania ekspertyzy podmiotowi zewnętrznemu, lecz uczynił to z daleko posuniętej ostrożności. Dodatkowo, sporządzona na zalecenie Zamawiającego ekspertyza, zawierała w swojej treści uzasadnienie merytoryczne parametrów technicznych, które spełnić winien zasilacz, co umożliwiło Zamawiającemu precyzyjne skonstruowanie uzasadnienia odrzucenia oferty. Jak wynika bowiem z treści art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone o powodach odrzucenia oferty podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Jak wspomniano, do odrzucenia oferty Odwołującego w zasadzie brak było konieczności przeprowadzania ekspertyzy dostarczonych próbek. Jeżeli bowiem sam producent zasilacza deklaruje w karcie katalogowej, że poziom całkowitych zniekształceń harmonicznych jest mniejszy od 10 to tym samym, kierując się zasadą logicznego rozumowania, poziom ten może mieścić się w przedziale od 8 do 10, a więc może osiągać wartość np. 8,5, 9, czy też 9,9 THD. Do wyciągnięcia takich wniosków z przekazanej Zamawiającemu dokumentacji nie była potrzebna żadna ekspertyza, która tylko potwierdziła ten logiczny wniosek. Otóż dokonanie pomiarów zasilaczy potwierdziło wprost poziom zniekształceń harmonicznych emitowanych przez zasilacz, który został wskazany w złożonej przez Odwołującego karcie katalogowej dla urządzenia OSRAM model OT (Optotronic) 40/170.. .240/1A0 4DIMLT2 G2 CE. Jak wynika z treści ekspertyzy wykonanej przez Instytut Elektroenergetyki Politechniki Warszawskiej z dnia 02.07.2020 r. w badanych oprawach ST-52-30W, ST-52-35W oraz ST-52-50W był zamontowany układ zasilający model Optotronic 40/170 .... 240/1A0 4DIMLT2 G2 CE produkcji OSRAM.

Wyniki ekspertyzy, jak wyżej wskazano, tylko potwierdziły wartości ujęte w karcie katalogowej złożonej przez Odwołującego wraz z pismem z dnia 01.06.2020 r.

Odnosząc się do czynności odrzucenia oferty Odwołującego w pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, że podstawą odrzucenia tej oferty były, nie tylko wyniki przeprowadzonej ekspertyzy, lecz również i przede wszystkim konsekwentnie pomijana przez

Odwołującego ocena złożonych wyjaśnień oraz dokumentów złożonych na wezwanie oparte o treść art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Analiza treści uzasadnienia odrzucenia oferty wskazuje, że Zamawiający swoją decyzję oparł na złożonym przez Odwołującego dokumencie w postaci specyfikacji technicznej zasilacza OSRAM model OT 40/170.240/1A0 4DIMLT2 G2 CE, która jest tożsama z dokumentacją znajdującą się na stronie internetowej producenta
.

Aby rozwiać wszelkie wątpliwości poziom zakłóceń harmonicznych został podany przez producenta z zastrzeżeniem, że jest mierzony przy pełnej mocy znamionowej zasilacza (dosł.: at full power), która zgodnie z powyższą kartą wynosi 40W, co również wynika z oznaczenia typu zasilacza, tj. model OT 40/170...240/1A0 4DIMLT2 G2 CE. Zasilacz ten został przeznaczony do zasilania lamp o mocach (zgodnie z treścią opisu przedmiotu zamówienia str. 4 SIWZ):

- LED 26W-0W (z możliwością regulacji) - 340 szt.;
- LED 35W-40W (z możliwością regulacji) - 2 206 szt.;
- LED 52W-55W (z możliwością regulacji) - 220 szt.

Tym samym zasilacz ten będzie pracował z mocą maksymalną w 2.426 układach oświetleniowych, z tym, że dla lamp o mocy 40W (przy deklarowanej mocy znamionowej zasilacza) będzie on pracował zgodnie z normami i zaleceniami producenta, zaś dla mocy układu 55W będzie niejako „wychodził" poza deklarowane parametry, tj. jako urządzenie pracujące w ramach przeciążenia parametry deklarowane przez producenta nie będą spełnione.

Sięgając do definicji zawartej w Wikipedii, jak również prezentowanej przez producentów i dystrybutorów urządzeń elektronicznych i elektromechanicznych przez moc znamionową ogólną należy rozumieć:

„Moc znamionowa (ang. nominał power) - wartość znamionowa mocy, przy której urządzenie pracuje prawidłowo i zgodnie z normami lub zaleceniami producenta. Wartość ta zazwyczaj podawana jest na tabliczce znamionowej zamocowanej na obudowie urządzenia razem z innymi parametrami istotnymi dla pracy danego urządzenia. Zazwyczaj oznaczana jest symbolem {\displaystyle P_{N}}{\displaystyle P_{N}} i podawana w watach [W] lub koniach mechanicznych [KM]".

„[...] moc znamionowa, techn. moc urządzenia, na jaką zostało ono skonstruowane przy przewidzianych warunkach pracy; podawana na tzw. tabliczce znamionowej".

Moc znamionowa określona dla zasilacza oznacza, że:

„Moc znamionowa zasilacza jest to moc, którą zasilacz może dostarczać w sposób ciągły przy jednoczesnym zachowaniu pełnej wydajności i wszystkich parametrów zawartych w katalogu i dopuszczeniach bez przekroczenia dozwolonej temperatury".

Powyższe dowody oraz definicje pokazują jednoznacznie, że zaoferowany do wszystkich układów lamp zasilacz OSRAM model OT 40/170. 240/1A0 4DIMLT2 G2 CE nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego.

Co również niezwykle istotne Odwołujący we wniesionym odwołaniu podnosi jedynie zarzuty formalne co do prawa Zamawiającego do badania próbek przed terminem podpisania umowy, jak również okoliczności, czy laboratorium które przeprowadziło badania posiada stosowną akredytację. Otóż uzasadnione wątpliwości, co do spełnienia przez zaoferowane urządzenia dwóch wymogów wskazanych w treści SIWZ (poziom zakłóceń THD oraz sprawność zasilacza), pojawiły się już po analizie dokumentów złożonych przez Odwołującego wraz z treścią wyjaśnień. Wszakże jeżeli zaoferowany zasilacz, posiadający moc znamionową 40W, już dla niej przekracza wartość emitowanych zniekształceń harmonicznych (THD), to jego praca z lampami o mocy 52W-55W będzie powodowała odstępstwa od innych parametrów, tj. zarówno poziomu THD, jego sprawności oraz prawidłowości pracy w określonym przez producenta zakresie temperatur. Aby te powiązania między poszczególnymi parametrami wyjaśnić oraz wykazać ich poziom i znaczenie Zamawiający sięgnął po wiedzę ekspercką - i w tym wypadku bez znaczenia pozostaje okoliczność, czy taka możliwość była wprost przewidziana w treści SIWZ. Jak wyżej zostało wskazane, poszukiwanie prawdy materialnej jest nie tylko prawem, ale też obowiązkiem Zamawiającego.

Zlecenie badania dostarczonych próbek było wyrazem skrupulatności Zamawiającego i chęci zweryfikowania swoich uzasadnionych podejrzeń. Zamawiający z daleko posuniętej ostrożności zlecił przeprowadzenie testów otrzymując potwierdzenie wątpliwości, które wystąpiły już po analizie dokumentów złożonych przez Odwołującego (vide treść wezwania z dnia 27.05.2020 r.).

Z pierwotnie złożonych przez Odwołującego dokumentów w dniu 19.05.2020 r. (złożonych w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ), tj. kart katalogowych opraw producenta SINOCO dla modelu ST-52 o mocy 26W (model 30W), ST-52 o mocy 35W i ST-52 o mocy 50W wynikało, że zakwestionowane parametry są spełnione (THD < 8, sprawność zasilacza >90%). Jednakże Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp dot. m.in. zakresu temperatury pracy zasilacza (a zatem nie ww. parametrów), w dniu 01.06.2020 r. złożył wyjaśnienia w których wskazał, że wszystkie zaoferowane oprawy ST-52 wyposażone są w zasilacz marki OSRAM (model OT 40/170.240/1A0 4DIMLT2 G2 CE), a na potwierdzenie - jako załącznik do kart katalogowych opraw ST-52 - załączył specyfikację techniczną tego zasilacza. Ze specyfikacji tej (dostępnej również na stronie internetowej producenta) wynikało jednak, że całkowity poziom zniekształceń harmonicznych wynosi <10.

Zamawiający dysponując dwoma sprzecznymi oświadczeniami zawartymi w przekazanych przez wykonawcę dokumentach przedmiotowych postanowił poddać badaniom próbki dostarczone przez wykonawcę. Wyniki tych badań potwierdziły wątpliwości jakie można było odnieść już po analizie wszystkich dostarczonych przez Odwołującego dokumentów.

Trudno wyobrazić sobie sytuację aby Zamawiający, dysponując próbkami zaoferowanego przez Odwołującego przedmiotu zamówienia i uzyskując wiedzę na temat ich niezgodności z treścią SIWZ w zakresie odnoszącym się do zniekształceń harmonicznych THD oraz sprawności zasilacza, pominął tę okoliczność i zaniechał odrzucenia oferty niezgodnej z treścią SIWZ. Zamawiający powziął bowiem uzasadnione wątpliwości, co do zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, i mając do dyspozycji próbki zaoferowanych urządzeń poddał je ocenie, która tylko potwierdziła wątpliwości Zamawiającego.

Mamy w tym wypadku do czynienia z wykazaniem określonych faktów, które determinują konieczność odrzucenia oferty. Przyjęcie takiej oferty, jej wybór zakończony podpisaniem umowy, odbierałby Zamawiającemu w przyszłości możliwość kwestionowania zgodności zrealizowanego świadczenia z wymaganiami Zamawiającego (a więc de facto możliwość nakazania Odwołującemu wymiany wadliwych układów oświetleniowych).

Odwołujący w treści wniesionego odwołania odbiera Zamawiającemu prawo do badania oferty, w tym badania dostarczonych z nią próbek. Próbki te stanowią materializację przedmiotu świadczenia i ich ocena przed wyborem oferty najkorzystniejszej była obowiązkiem Zamawiającego. Ocena złożonych próbek odbyła się w oparciu o treść pkt 6.5.2. SIWZ i z samej istoty wymagań formułowanych wobec tego rodzaju przedmiotu zamówienia wynika, że ocena taka nie ogranicza się tylko do oceny ich kształtu, wielkości, czy też sposobu działania, lecz również tych parametrów, które mogą zostać zweryfikowane przy wykorzystaniu wyspecjalizowanych instrumentów pomiarowych - jak stało się to w tym przypadku za pośrednictwem Instytutu Elektroenergetyki Politechniki Warszawskiej. Kierując się treścią przywoływanego przez Odwołującego w odwołaniu uwagi zawartej w pkt 3 str. 8 SIWZ, Zamawiający pozbawił się jedynie prawa do żądania pokrycia tych kosztów przez wykonawcę. Nie oznacza to jednak, że wyżej przywołane zastrzeżenie pozbawiło Zamawiającego prawa do zbadania złożonych próbek.

Odwołujący przedstawiając szereg dokumentów (wyników badań, kart katalogowych, czy wreszcie traktowanych jak dokument próbek) starał się potwierdzić wymagania przedmiotowe jednakże niemal każdy z tych dokumentów odnosi się do zupełnie innego produktu. Taki sposób potwierdzania spełniania wymagań technicznych nie służy wyjaśnieniu istniejących wątpliwości, lecz de facto generuje kolejne wątpliwości powodując jednocześnie chaos informacyjny utrudniający ocenę oferty Odwołującego. Nie wiadomo zatem jaki jest powód sformułowania w treści wniesionego odwołania żądania ponowienia wezwania do złożenia wyjaśnień, jeżeli Odwołujący po dwukrotnym wezwaniu (na podstawie art. 26 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp) nie był w stanie określić jednoznacznie jaki produkt i o jakich parametrach oferuje. Taki sposób „kreowania" treści oferty po terminie jej złożenia stanowiłby niedopuszczalne negocjacje jej treści sankcjonowane treścią art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp. Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że dookreślenie przedmiotu świadczenia w postaci typu i parametrów zasilacza nastąpiło dopiero na etapie składania wyjaśnień, tj. w piśmie

Odwołującego z dnia 01.06.2020 r.

Co niezwykle istotne w tej sprawie Odwołujący w treści wniesionego środka ochrony prawnej również całkowicie pomija okoliczność, czy złożone próbki i zaoferowane urządzenia (jak współpracujące ze sobą układy) są zgodne z treścią SIWZ w zakresie zakwestionowanych parametrów. W zasadzie nie mamy w tym wypadku do czynienia nawet z próbą obrony zaoferowanego rozwiązania, lecz z szeregiem zarzutów formalnych co do przeprowadzonej procedury. Z argumentów Odwołującego można wywieść jeden zasadniczy wniosek, otóż Zamawiającego nie powinny interesować fakty, lecz sposób ich pozyskania. Jeżeli pozyskanie obiektywnej wiedzy o produkcie jest niemożliwe, czy też znacznie utrudnione przez działania samego wykonawcy, w ocenie Odwołującego Zamawiający powinien poprzestać na oświadczeniach wykonawcy, nawet jeżeli pozostają one w jawnej sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy.

Tak rozumiany formalizm postępowania jest z oczywistych względów nie do zaakceptowania. W działaniach Zamawiającego nie sposób doszukać się żadnej dowolności. Sporządzona ekspertyza, jak wielokrotnie zostało już wskazane, jedynie potwierdziła niezgodność zaoferowanego rozwiązania z wymaganiami ujętymi w treści SIWZ. Była też pomocna do sporządzenia uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił wykonawca DP System sp. z o.o. z siedzibą w, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełniania przez zgłoszone przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu ww. wykonawcy (dalej „Przystępujący" lub „Wykonawca D") do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Na rozprawie Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. karty katalogowej zasilacza złożonej na wezwanie Zamawiającego - dowód 1;

2. wyników pomiar całkowitego współczynnika THD wykonanego przez akredytowane laboratorium, dotyczącego lampy model ST-5240W z wbudowanym zasilaczem, tożsamym z zasilaczem zaoferowanym w Postępowaniu - dowód 2;

3. oświadczenia przedstawiciela OSRAM sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz skorygowanej karty katalogowej zasilacza zaoferowanego w Postępowaniu - dowody 3.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę

oświadczenia i stanowiska Stron postępowania odwoławczego i Wykonawcy D, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Odwołującego, wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp z 6 maja 2020 r., dokumentów złożonych przez Odwołującego na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp, wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty z 27 maja 2020 r. wraz z odpowiedzią

Odwołującego, ekspertyzy 01/07/2020 Politechniki Warszawskiej - Wydziału Elektrycznego, Instytutu Elektroenergetyki z 2 lipca 2020 r., zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz dokumentów przedstawionych przez odwołującego na rozprawie stwierdzając, że stan faktyczny nie jest w sprawie sporny.

W powyższych okolicznościach skład orzekający uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

We wniesionym odwołaniu Odwołujący skupił się zasadniczo na kwestionowaniu uprawnienia Zamawiającego do zbadania zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami SIWZ na etapie badania i oceny ofert. Odwołujący eksponował postanowienie SIWZ, zgodnie z którym (Rozdział 3 - „Opis przedmiotu zamówienia, str. 7 SIWZ), Zamawiający zastrzegł sobie prawo do zbadania zgodności dostarczonych opraw z SIWZ w akredytowanym laboratorium. Uszło jednak uwadze Odwołującego, że zgodnie z postanowieniem pkt 6.5.2

Rozdziału VI SIWZ - „Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia" obowiązkiem wykonawcy było dostarczenie m.in. próbek oferowanych opraw oświetleniowych. Istotna jest przy tym dalsza część tego postanowienia SIWZ (zdanie drugie), w której Zamawiający przesądził, że „Wykonawca poprzez złożone próbki opraw z typoszeregu wskazanego w ofercie winien wykazać spełnianie odpowiednich parametrów techniczno-użytkowych określonych w SIWZ". W świetle tego sformułowania nie mogło, zdaniem Izby, ulegać wątpliwości w jakim celu wykonawcy zobligowani zostali do przedstawienia próbek oraz w jakim zakresie próbki podlegać miały badaniu na potwierdzenie zgodności ich właściwości z wymaganiami Zamawiającego. W konsekwencji skład orzekający doszedł do przekonania, że kwestią wtórną było kto faktycznie przeprowadził wspomniane badanie, tj. czy byli to pracownicy Zamawiającego, czy - jak w tej sprawie - zewnętrznego podmiotu. Jakkolwiek Zamawiający nie odnotował tej okoliczności chociażby w protokole Postępowania, to takie uchybienie nie mogło przekreślać zakwestionowanego w odwołaniu uprawnienia. Zważywszy na argumentację zawartą w odwołaniu nasuwa się pytanie w jakim celu Zamawiający żądał przedstawienia próbek, skoro nie mógłby z nich skorzystać sprawdzając ich właściwości.

Jeżeli natomiast Odwołujący miał wątpliwości co do warunków, w jakich omawiane badanie będzie prowadzone, na co wskazuje jego argumentacja przedstawiona na rozprawie, to jego obowiązkiem było złożenie w tym zakresie wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ. Jak bowiem trafnie zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z 5 czerwca 2014 r., IV CSK 626/13 „W danych okolicznościach składanego i przyjmowanego zamówienia publicznego oraz wątpliwości występujących po stronie wykonawcy, art. 38 Pzp stanowi w związku z art. 354 § 2 Kc nie tylko uprawnienie, ale także obowiązek wykonawcy zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ; zaniechanie tej powinności może być podstawą zarzucenia wykonawcy niedochowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy przez art. 355 § 2 Kc".

Nie mogło zostać uwzględnione przez Izbę zaprezentowane dopiero na rozprawie stanowisko Odwołującego o zgodności zaoferowanych Zamawiającemu opraw oświetleniowych z SIWZ i złożone na tę okoliczność dowody. Treść odwołania w tym aspekcie sprowadza się zasadniczo do zawartego w jego podsumowania stwierdzenia, zgodnie z którym „Odwołujący zaoferował oprawy oraz zasilacz, których parametry są zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Z treści złożonych dokumentów wynika, iż parametr dotyczący THD< 8 oraz sprawności zasilacza nie mniszej niż 90 % został spełniony w odniesieniu do oferowanych przez Wykonawcę opraw" (por. pkt 33 na str. 13-14 odwołania). Ergo argumentacja Odwołującego przedstawiona w toku rozprawy stanowiła nieuprawnione rozszerzenie podstaw faktycznych zarzutów odwołania, które nie podlegały w konsekwencji rozpoznaniu (argument z art. 192 ust. 7 Pzp). Skutkiem powyższego było pominięcie przedstawionych przez Odwołującego dowodów, jako związanych z rozszerzonymi zarzutami odwołania. Odwołujący nie kwestionował bowiem wyników ekspertyzy, którym dowody te miały przeczyć, ale samo uprawnienie do przeprowadzenia badania próbek.

Reasumując przedstawione powyżej zapatrywania orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....