Sygn. akt: KIO 3522/21

WYROK
z dnia 16 grudnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Irmina Pawlik

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2021 r. przez wykonawcę Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wiślica

przy udziale wykonawcy B. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługowy Zakład Elektroinstalacyjny B. B. w Słupii zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Wiślica unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie ofert wykonawcy B. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługowy Zakład Elektroinstalacyjny B. B. w Słupii oraz wykonawcy LUG Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) i art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień Publicznych;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Wiślica i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych cero groszy) poniesioną przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
   2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Wiślica na rzecz odwołującego Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 3522/21

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Gmina Wiślica (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Miasta i Gminy Wiślica"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(nr postępowania: OR.271.1.2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 lutego 2021 r. pod numerem 2021/S 030-071991. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 3 grudnia 2021 r. wykonawca Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST z siedzibą w Radomiu(dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy B. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługowy Zakład Elektroinstalacyjny B. B. w Słupii (dalej jako „Przystępujący") jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy i wykonawcy LUG Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze (dalej jako „LUG".) Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez niezasadne i niezgodne z prawem dokonanie wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego mimo iż wykonawca nie złożył/uzupełnił/wyjaśnił przedmiotowych środków dowodowych;
3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty LUG, mimo iż wykonawca nie złożył/uzupełnił/wyjaśnił przedmiotowych środków dowodowych;
4. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo iż oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia;
5. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty LUG, mimo iż oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w odwołaniu, odrzucenia oferty Przystępującego jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia; odrzucenia oferty LUG jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej po wykonaniu powyższych czynności.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał na postanowienia Rozdziału III ust. 8 SWZ oraz rozdziału VII ust. 1 pkt 7 i 9 SWZ. Wyjaśnił, że w dniu 25 czerwca 2021 r., na podstawie art. 107 ust. 2 i 4 ustawy, w związku z rozdziałem III ust. 8 pkt 8.5 SWZ, Zamawiający skierował do Przystępującego oraz wykonawcy LUG wezwanie do złożenia/uzupełnienia/wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych. Wezwania dotyczyły wskazanych w rozdziale VII ust. 1 pkt 7-9 przedmiotowych środków dowodowych i odnosiły się tylko do samych opraw oświetlenia hybrydowego i projektorów LED, chociaż w ofertach obu powyższych wykonawców brakowało też raportów z badania ekstrapolowanej trwałości strumienia świetnego LM 80-08 badania źródeł światła LED LM-80-08 zastosowanych w oprawie dla temp. Ts

(Tc) = 55°C również dla 1034 opraw ulicznych. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, obaj wykonawcy nie dostarczyli raportów z wymaganą temperaturą Ts (Tc) = 55°C dla opraw oświetlenia hybrydowego solarno-wiatrowych oraz dla projektorów LED o mocy 77W dla oświetlenia budynków sakralnych, a tylko oświadczenia:
-producenta diod LED firmy CREE LED,
-producenta opraw LUG Light Factory Sp. z o.o.
Pomimo tego, oferty Przystępującego oraz wykonawcy LUG nie zostały odrzucone, a oferta wykonawcy Przystępującego została wybrana za najkorzystniejszą.
Na powyższe Odwołujący złożył odwołanie, które zostało uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrokiem z dnia 17 września 2021 r., sygn. akt KIO 2468/21. Krajowa Izba Odwoławcza powyższym wyrokiem nakazała Zamawiającemu wezwanie Przystępującego oraz LUG do złożenia przedmiotowego środka dowodowego określonego w rozdziale III ust. 8.3 pkt 2 SWZ, tj. raportu z badania ekstrapolowanej trwałości strumienia świetnego LM 80-08 badania źródeł światła LED LM-80-08 zastosowanych w oprawie dla temp. Ts (Tc) = 55 °C, zgodnego z normą TM-21 w pozycji „reported" (raportowane), tzw. trwałość raportowana, pochodzącego od niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym. Zamawiający, opierając się na powyższym wyroku KIO, pismem z dnia 7 października 2021 r., wezwał wykonawców Zakład Elektroinstalacyjny B. B. oraz LUG Services Sp. z o.o. do złożenia wymaganego raportu dla temperatury Ts (Tc) = 55°C. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, obaj ww. wykonawcy, złożyli raport z badań w temp. 55° i 85°, lecz nie dla diod CREE, które deklarowali w swych ofertach, ale dla diod zupełnie innego producenta - diod DURIS producenta Osram. Ponadto zostało złożone oświadczenie - Predykcja żywotności z dnia października 2021 r.

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że Przystępujący oraz LUG dokonali zmiany oferowanego produktu. W ofertach zadeklarowane zostały oprawy Urbino LED z diodami CREE wraz z raportami badań dla temperatury Ts (Tc) 85 °C oraz 105 °C, a na skutek wezwania Zamawiającego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, obaj w/w wykonawcy dokonali nieuprawnionej zmiany oferty poprzez złożenie dokumentów odnoszących się do opraw Urbino LED z diodami DURIS producenta Osram wraz z raportami badań dla temperatury Ts (Tc) = 55°C oraz 85°C. Takie działanie wykonawców było nieuprawnione zarówno z uwagi na dokonanie niedozwolonych zmian w ofertach po ich złożeniu i po otwarciu przez zamawiającego, lecz działanie to doprowadziło do powstania sytuacji, w której obaj wykonawcy przedstawili raporty z badań dla temperatury Ts (Tc) - 85° C dla opraw z dwoma różnymi diodami, tj. diodami CREE i diodami DURIS. Raport badań dla temperatury Ts (Tc) = 85 °C dla opraw z diodami CREE nie został zakwestionowany przez zamawiającego ani Izbę (KIO 2468/21), a zatem jest nadal obowiązującym dokumentem w ofertach Przystępującego oraz LUG. Ponieważ, zgodnie z rozdziałem III ust. 8.3 pkt 2 SWZ, raporty z badania ekstrapolowanej trwałości strumienia świetnego LM 80-08 badania źródeł światła LED LM-80-08 zastosowanych w oprawie, wymagane były dla temp. Ts (Tc) = 55°C oraz 85°C, to należało przedstawić badania w obu wymaganych temperaturach dla tych samych produktów, tj. opraw z takimi samymi diodami - opraw Urbino LED z diodami CREE. Odwołujący podniósł, iż w konsekwencji uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego przez Przystępującego oraz LUG Zamawiający, w odniesieniu do ofert obu wykonawców, jest w posiadaniu nadal aktualnych raportów z badania ekstrapolowanej trwałości strumienia świetnego LM 80-08 badania źródeł światła LED LM-80-08 zastosowanych w oprawie Urbino LED z diodami CREE dla temp. Ts - 85 ° C oraz załączonych na skutek uzupełnienia - raportów z badania ekstrapolowanej trwałości strumienia świetnego LM 80-08 badania źródeł światła LED LM-80-08 zastosowanych w oprawie Urbino LED z diodami DURIS. Oznacza to, że w ofertach w/w wykonawców nadal nie ma, wymaganych zapisami rozdziału III ust. 8.3 pkt 2 SWZ, raportów z badania ekstrapolowanej trwałości strumienia świetnego LM 80-08 badania źródeł światła LED LM-80-08 zastosowanych w zaoferowanej oprawie Urbino LED z diodami CREE, dla temp Ts (Tc) = 55 ° C oraz 85 ° C.

Na marginesie Odwołujący zauważył, że Zamawiający nigdy nie wzywał Przystępującego oraz LUG do dostarczenia raportu z badań dla temp. Ts (Tc) = 85 °C. Uzupełnienie raportu z badań dla temp. Ts (Tc) = 85 ° C dla źródeł światła Osram Duris S8, nastąpiło z własnej inicjatywy w/w wykonawców. Przedmiotowe środki dowodowe, zgodnie z art. 107 ust. 1 ustawy Pzp, można składać wraz z ofertą. Jeżeli wykonawca ich nie złoży, to uzupełnienie jest możliwe jedynie w oparciu o wezwanie zamawiającego, po spełnieniu przesłanek określonych w art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Wobec powyższego, uzupełnienie raportu z badań dla temp. Ts (Tc) = 85 ° C dla oprawy Urbino LED z diodami DURIS, było nieuprawnione. Wobec powyższego oferta Przystępującego oraz oferta wykonawcy LUG winny zostać odrzucone. Oferty są niezgodne z warunkami zamówienia, a wykonawcy wezwani przez Zamawiającego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, nie uczynili tego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia wymogów określonych art. 525 ust. 1-3 ustawy Pzp Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia dokonane przez wykonawcę B. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługowy Zakład Elektroinstalacyjny B. B. w Słupii do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze Uczestnika.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Przystępującego oraz wykonawcy LUG wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, przedmiotowe środki dowodowe złożone przez Przystępującego i wykonawcę LUG wraz z ofertą, korespondencję prowadzoną między Zamawiającym a ww. podmiotami w zakresie uzupełnienia/wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie gminy Wiślica – zmiana istniejących

opraw oświetleniowych wysokoprężnych na oprawy w technologii LED oraz budowa szaf sterujących ulicznym oświetleniem wraz z osprzętem. Przedmiot zamówienia obejmuje: wymianę 1045 opraw na energooszczędne oprawy w technologii LED spełniające normę PN-EN 60598-1 60598-2-3 na konstrukcjach wsporczych linii energetycznych oraz na wydzielonych liniach oświetlenia drogowego; montaż 5 opraw hybrydowych (solarno-wiatrowych)(OZE); instalację systemu sterowania oświetleniem, zmianę parametrów oświetlenia dostosowując się do wymagań; wymianę i montaż wysięgników na słupach; wymianę oprzewodowania opraw wraz z wymianą gniazd bezpieczników (typu BZO); wymianę zacisków prądowych; wymianę uchwytów mocujących wysięgniki; wymianę 56 szt. punktów zapalania.

Zgodnie z pkt III.8.1 SWZ Zamawiający wymagał, w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia złożenia przez wykonawcę certyfikatu: wymagany certyfikat na znak ENEC PLUS lub certyfikat równoważny wraz z wykazem komponentów dla oferowanych opraw ulicznych wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę, jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność z wymaganiami lub cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia i warunkach realizacji zamówienia.

W pkt III.8.3. SWZ zawarto informacje na temat innych niż określone w pkt. 8.1 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria:

1)Karty techniczne oferowanych opraw na potwierdzenie spełnienie wymagań SWZ, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego. Ze złożonych dokumentów ma jednoznacznie wynikać jaki sprzęt jest przedmiotem oferty to jest minimalnie: producent, typ/ model, oferowana moc, strumień.
2)Raport z badania ekstrapolowanej trwałości strumienia świetnego LM 80-08 badania źródeł światła LED LM-80-08 zastosowanych w oprawie dla temp. Ts (Tc) = 55 °C oraz 85 °C zgodny z normą TM-21 w pozycji „ reported" (raportowane) tzw. trwałość raportowana, pochodzącego od niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym.

W pkt III.8.4. SWZ wskazano, iż wykonawca składa przedmiotowe środki dowodowe wraz z ofertą. Zgodnie z pkt III.8.5 SWZ jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba, że przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

W pkt VII.1 SWZ zamawiający wskazał dokumenty składające się na ofertę, tj. m.in.: 7) Karty techniczne oferowanych opraw na potwierdzenie spełnienie wymagań SWZ, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego. Ze złożonych dokumentów ma jednoznacznie wynikać jaki sprzęt jest przedmiotem oferty to jest minimalnie: producent, typ/ model, oferowana moc, strumień. 9) Raport z badania ekstrapolowanej trwałości strumienia świetnego LM 80-08 badania źródeł światła LED LM-80-08 zastosowanych w oprawie dla temp. Ts (Tc) = 55 °C oraz 85 °C zgodny z normą TM-21 w pozycji „reported" (raportowane) tzw. trwałość raportowana, pochodzącego od niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym.

W postępowaniu wpłynęło dziewięć ofert, w tym oferta Odwołującego (trzecia w rankingu ofert) oraz oferta Przystępującego i wykonawcy LUG (odpowiednio pierwsza i druga w rankingu ofert).

Zarówno Przystępujący, jak i wykonawca LUG załączyli do oferty karty techniczne opraw ulicznych Urbino LED, certyfikaty ENEC i ENEC Plus dla części oferowanych opraw Urbino LED oraz raport z badań IES-LM-80-2008 dla źródeł światła LED-y Cree XLamp XP-G3 Standardowe białe dla zakresu temperatur 85^{o}, 105^{o} i 125^{o}.

Zamawiający w dniu 25 czerwca 2021 r. na podstawie art. 107 ust. 2 i 4 ustawy Pzp wezwał Przystępującego i wykonawcę LUG do „złożenia/uzupełnienia/wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych". Zamawiający powołał się na wymagania dotyczące przedmiotowych środków dowodowych opisane w pkt 8 SWZi wskazał m.in. w pkt III wezwania w odniesieniu do raportu z badania ekstrapolowanej trwałości strumienia świetnego LM 80-08:

1.„Wymagane przez Zamawiającego - Trwałość strumienia światła oprawy ulicznej o najniższej trwałości spośród oferowanych opraw ulicznych, mierzona parametrem L90B10 dla oprawy, potwierdzona raportem z badania LM80-08 zastosowanych źródeł światła LED dla temperatury tc = 55^{0}C oraz 85^{0}c temperatura mierzona na płycie diody LED, raportowana na okres prognozy, zgodnie ze wzorem Memorandum Technicznym TM-21 brak raportu dla temperatury 55st.C- dla opraw 45 i 77 W - należy wyjaśnić/uzupełnić.
2.Brak raportu z badania ekstrapolowanej trwałości strumienia świetnego LM 80-08 badania źródeł światła LED LM-80-08 zastosowanych w oprawie dla temp. Ts (Tc) = 55^{0}C oraz 85^{0}C zgodny z normą TM-21 w pozycji „reported" (raportowane) tzw. trwałość raportowana, pochodzącego od niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym oświetlenie hybrydowe solarno-wiatrowe – uzupełnić.
3.Brak raportu z badania ekstrapolowanej trwałości strumienia świetnego LM 80-08 badania źródeł światła LED LM-80-08 zastosowanych w oprawie dla temp. Ts (Tc) = 55^{0}C oraz 85^{0}C zgodny z normą TM-21 w pozycji „reported" (raportowane) tzw. trwałość raportowana, pochodzącego od niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym projektorów LED o mocy 77 W dla oświetlenia budynków sakralnych - uzupełnić."

W odpowiedzi na powyższe wezwanie obaj wykonawcy złożyli oświadczenie producenta opraw LUG Light Factory Sp. z o.o. dotyczące złożonego wraz z ofertami raportu ekstrapolowanej trwałości strumienia świetlnego LM80-08, w którym wskazano, że według raportu z badań termicznych do certyfikacji ENEC maksymalna temperatura uzyskana dla modułu LED wynosi 72^{0}C w Ta=25^{0} C. Zgodnie z powyższym wymogiem przedstawiono dokument z badania LM80-08 dla diody Cree XP-G3 dla których temperaturami referencyjnymi zgodnie z TM-21-11 są temperatury Ts(Tc)=85^{0}C i Według metody opisanej w dokumencie TM-21-11 do obliczenia żywotności należy przyjąć najbliższą do zmierzonej, wyższą temperaturę, która w przypadku opraw rodziny URBINO wyniesie 85^{0}C. Można zatem uznać, że badanie diod

Cree Xlamp XPG3 w temperaturze 85°C jest równoważne do badania w 55° C, ponieważ trwałości strumienia światła LED w temperaturze wyższej nie jest krótsza od trwałości strumienia światła LED w niższej temperaturze, co również potwierdza oświadczenie producenta diod (zał. 1, 1a).

Zamawiający w dniu 9 sierpnia 2021 r. powiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Czynność ta została zaskarżona przez Odwołującego, który wskazał na konieczność odrzucenia ofert Przystępującego i wykonawcy LUG z uwagi na ich niezgodność z warunkami zamówienia. Wyrokiem z dnia 17 września 2021 r. (sygn. akt KIO 2468/21) Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemuunieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawców: B. B. i LUG Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze do złożenia raportu z badania ekstrapolowanej trwałości strumienia świetlnego LM 80-08 badania źródeł światła LED LM-80-08 zastosowanych w oprawie dla temp. Ts (Tc) = 55°C zgodnego z normą TM-21 w pozycji „reported" (raportowane) tzw. trwałość raportowana, pochodzącego od niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym, i dokonanie ponownej oceny ofert. Izba w uzasadnieniu wyroku wskazała m.in., iż Zamawiający, po terminie otwarcia ofert, nie może zmieniać treści ustalonego przez siebie wymogu dotyczącego obowiązku przedłożenia raportu dla 55°C. Przystępujący oraz wykonawca LUG Service Sp. z o.o. złożyli raporty dla 85°C, nie złożyli zaś dla 55°C. wymóg przedłożenia raportu z badania dla temperatury 55°C był oczywisty i raportu tego nie można było zastąpić informacjami zawartymi w karcie katalogowej ani też oświadczeniami producentów. Izba stwierdziła także, że w rozpoznawanym przypadku zamawiający wystosował wezwanie do odwołującego i wykonawcy LUG Services Sp. z o.o., niemniej jednak wezwanie to było niejednoznaczne, ponieważ zamawiający wezwał wykonawców do wyjaśnienia/uzupełnienia raportu. Taka treść wezwania mogła sugerować wykonawcom, że nie są oni obowiązani do składania raportu, mimo że wymóg taki wynikał ze wskazanych wyżej zapisów SWZ. Tym samym Izba uznała za konieczne wezwanie wykonawców do złożenia raportu z badania dla temperatury 55°C.

Wykonując powyższy wyrok Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwał Przystępującego i wykonawcę LUG do złożenia raportu z badania ekstrapolowanej trwałości strumienia świetnego LM 80-08 badania źródeł światła LED LM-80-08 zastosowanych w oprawie dla temp. Ts (Tc) = 55°C zgodny z normą TM-21 w pozycji „reported" (raportowane) tzw. trwałość raportowana, pochodzącego od niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym. W odpowiedzi na powyższe obaj ww. wykonawcy złożyli raporty z badań dla źródeł światła DURIS S8 White (CCT 4000K-6500K) model GW P9LT31.PM producenta Osram dla zakresu temperatur 55, 85° i 105°C. oraz dokument predykcja żywotności stanowiący oświadczenie LUG Light Factory Sp. z o.o.

Zamawiający w dniu 23 listopada 2021 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 239 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez niezasadne i niezgodne z prawem dokonanie wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego i wykonawcy LUG mimo iż wykonawcy nie złożyli/uzupełnili/wyjaśnili przedmiotowych środków dowodowych oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert Przystępującego i wykonawcy LUG, mimo iż te oferty są niezgodne z warunkami zamówienia.

Przywołując treść ww. regulacji Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: pkt 2 lit. c) została złożona przez wykonawcę który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń; pkt 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przez warunki zamówienia, zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, rozumieć należy warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Art. 239 ust. 1 wskazuje, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, zaś ust. 2 tego przepisu stanowi, iż najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Okolicznością bezsporną w przedmiotowej sprawie było, że zarówno Przystępujący, jak i wykonawca LUG, w odpowiedzi na wezwanie skierowane do nich przez Zamawiającego zgodnie z nakazem wynikającym z wyroku Izby z dnia 17 września 2021 r., sygn. akt KIO 2468/21, do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie raportu z badania ekstrapolowanej trwałości strumienia świetlnego LM 80-08 badania źródeł światła LED LM-80-08 zastosowanych w oprawie dla temp. Ts (Tc) = 55°C zgodnego z normą TM-21 w pozycji „reported" (raportowane) tzw. trwałość raportowana, pochodzącego od niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym, złożyli raport z badań (obejmujący zakres temperaturowy 55°C, 85°C i 105°C) dla innych źródeł światła - DURIS S8 White (CCT 4000K-6500K) model GW P9LT31.PM producenta Osram, a niż źródeł światła, których dotyczył raport załączony do ofert (LED-y Cree XLamp XP-G3 Standardowe białe).

Przedmiotem sporu była okoliczność, czy powyższe działanie Przystępującego i wykonawcy LUG stanowiło niedozwoloną zmianę treści oferty, taki bowiem wniosek przedstawił Odwołujący, wskazując na niedopuszczalność zmiany oferowanego produktu na etapie uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych. Z kolei Zamawiający i Przystępujący podczas rozprawy wskazywali, że nie doszło w tym przypadku do zmiany treści oferty, ponieważ przedmiotem zamówienia jest dostawa opraw i ten przedmiot nie uległ zmianie – obaj wykonawcy zaoferowali oprawy

Urbino LED, załączając właściwe dla nich karty techniczne.

Rozstrzygając powyższe należy w pierwszej kolejności wskazać, iż zgodnie z art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. W zdaniu pierwszym tego przepisu wskazano z kolei, iż w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Mając na względzie obowiązujące regulacje prawne należy stwierdzić, iż Zamawiający nie jest uprawniony do wzywania wykonawców do uzupełnienia treści oferty, a zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp może jedynie wzywać wykonawców do złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie przedmiotowych środków dowodowych (które należało złożyć wraz z ofertą), o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych nie może jednak prowadzić do zmiany treści oferty, tj. przedmiotu oferowanego świadczenia, ustawa Pzp bowiem tego rodzaju zmian co do zasady zabrania. Przedmiotowe środki dowodowe składane wraz z ofertą ze swej natury służą potwierdzeniu, że oferowany przedmiot dostawy odpowiada wymaganiom przedmiotu zamówienia. Mają one dotyczyć zatem produktu, który jest przedmiotem oferty i potwierdzać jego zgodność z ustalonymi wymaganiami. Tego rodzaju dokumenty mogą być uzupełniane, natomiast przedmiot świadczenia, którego dotyczą takiemu uzupełnieniu podlegać nie może, stanowi bowiem merytoryczną treść oferty – czyli treść zobowiązania wykonawcy do spełnienia wymagań zamawiającego, w tym co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się nie tylko formularz ofertowy, ale też wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, składane wraz z formularzem ofertowym. Niekiedy może mieć miejsce sytuacja, że sam formularz ofertowy nie zawiera odpowiedniego miejsca do wskazania informacji o oferowanym produkcie (np. jego nazwy, modelu, producenta), a ich konkretyzacja następuje w innych składanych wraz z ofertą dokumentach.

Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Analogicznie jak składana wraz z ofertą karta techniczna oferowanych opraw konkretyzowała, jakie oprawy są przedmiotem oferty, tak samo załączany do oferty raport z badania ekstrapolowanej trwałości strumienia świetlnego LM 80-08 badania źródeł światła LED LM-80-08 zastosowanych w oprawie definiował źródła światła będące przedmiotem oferty. Zwrócić należy uwagę, że treść pkt III.8.3 ppkt 2 SWZ wskazywała wprost na źródła światła „zastosowane w oprawie", a nie jakiekolwiek możliwe do zastosowania źródła światła. I jakkolwiek certyfikaty ENEC i ENEC Plus złożone przez Przystępującego i wykonawcę LUG wraz z ofertą wymieniały różne dopuszczalne dla oferowanych opraw źródła światła, to wymagany zgodnie z SWZ raport z badań dotyczyć miał konkretnych zastosowanych w oprawie źródeł światła.. Badania trwałości strumienia świetlnego, jakie wykonawca miał przedstawić Zamawiającemu referowały do badań źródeł światła (diod), co potwierdza treść załączonego do oferty przez ww. wykonawców raportu z badań, która wprost wskazywała na konkretne źródła światła - LED-y Cree XLamp XP-G3 Standardowe białe Nie można zatem zgodzić się z Zamawiającym i Przystępującym, że treścią oferty były w przedmiotowym przypadku wyłącznie oprawy – wykonawca miał bowiem dostarczyć oprawy wyposażone w panel z diodami LED, a nie oprawy bez źródeł światła. Słusznie podnosił Odwołujący, że istotnym elementem oprawy, a zatem i oferty, jest źródło światła zastosowane w oprawie. Bezsporne zaś było w przedmiotowej sprawie, że Przystępujący i wykonawca LUGnie przedstawili ostatecznie, w odpowiedzi na wezwanie skierowane do nich przez Zamawiającego w wyniku wyroku KIO z dnia 17 września 2021 r., raportów dlaźródeł światła - LED-y Cree XLamp XP-G3 Standardowe białe dotyczących temperatury 55°C, a zamiast tego przedstawili raporty z badań dla całkiem innego produktu – źródeł światła DURIS S8 White (CCT 4000K-6500K) model GW P9LT31.PM producenta Osram. Tym samym złożyli przedmiotowe środki dowodowe dla innych źródeł światła niż objęte uprzednio ofertą, co świadczy po pierwsze o tym, że w odpowiedzi na wezwanie nie uzupełniono wymaganego przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego, a po drugie o tym, że tak złożona oferta powinna zostać uznana za niezgodną z warunkami zamówienia, gdyż te przedmiotowe środki dowodowe dla źródeł światła - LED-y Cree XLamp XP-G3 Standardowe białe, które zostały złożone, nie wykazują zgodności z warunkami zamówienia w zakresie temperatury 55°C.

Odnosząc się do twierdzeń Przystępującego, iż raport z badań jest standardowym raportem i Przystępujący nie miał możliwości złożenia raportu odnoszącego się tylko i wyłącznie do 55°C w zakresie trwałości źródeł światła Cree, Izba podkreśla, iż postanowienia pkt III.8.3 ppkt 2 SWZ były jednoznaczne i wprost wskazywały na fakt, że raport załączany do oferty miał dotyczyć badania źródeł światła LED LM-80-08 zastosowanych w oprawie (co stwierdziła także Izba w wyroku z dnia 17 września 2021 r., sygn. akt KIO 2468/21). Wykonawca zatem składając ofertę musiał ustalić, jakie źródła światła zastosuje w oprawach i dla nich załączyć odpowiedni raport dotyczący wymaganych zakresów temperaturowych, aby wykazać, że spełnione zostaną warunki zamówienia w zakresie trwałości strumienia świetlnego. Przystępujący i wykonawca LUG mieli zatem świadomość, że wraz z ofertą należy złożyć raport dla temperatury 55°C i 85°C. Mając relatywnie dużo czasu na przygotowanie oferty (ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ opublikowano 12 lutego 2021 r., a termin składania ofert upływał 19 marca 2021 r.), załączyli raport dla źródeł światła Cree dla temperatury 85°C, mimo że już wówczas powinni mieć świadomość, że nie posiadają dla tych źródeł światła raportu w zakresie temperatury 55°C. Jednocześnie żaden z wykonawców nie kwestionował postanowień SWZ i ustalonych wymagań w zakresie przedstawienia tego rodzaju raportów. Uznanie w obecnej sytuacji, że wykonawcy mogli w toku postępowania zastąpić źródła światła wskazane na etapie składania oferty, uwzględniane podczas kalkulacji ceny oferty, innymi źródłami światła, z tego względu, że w toku postępowania okazało się, iż nie dysponują wymaganymi dla temperatury 55°C raportami, a złożone oświadczenie producenta w świetle postanowień SWZ nie mogło być uznane za wystarczające (na co wskazano w wyroku z dnia 17 września 2021 r., sygn. akt KIO 2468/21), byłoby nie do pogodzenia z zasadą równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji, nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie ofert Przystępującego oraz wykonawcy LUG Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) i art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych

rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……