

Sygn. akt: KIO 3018/24

WYROK

Warszawa, dnia 17 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:

Monika Banaszkiewicz

Protokolantka:

Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Pollight Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Białystok Urząd Miejski w Białymstoku Zarząd Dróg Miejskich

orzeka:

1. umarza postępowanie w części zarzutu nr 1 dotyczącego naruszenia art. 239 ustawy Pzp poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty SPIE Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku, która jest ofertą niezgodną z warunkami zamówienia w zakresie posiadania przez oprawy LED oświetlenia ulicznego i doświetlenia przejść dla pieszych zabezpieczenia termicznego modułu LED oraz w części zarzutu nr 2, tj. dotyczącej naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez niewłaściwą ocenę oferty i zaniechanie odrzucenia wykonawcy SPIE Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku oraz Ł. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo-Usługowe „ELDOR” Ł. B. w Łomży w zakresie posiadania przez oprawy LED oświetlenia ulicznego i doświetlenia przejść dla pieszych zabezpieczenia termicznego modułu LED ,
2. oddala odwołanie w zakresie dotyczącym wykonawców D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ENERI D. S. w Boczках – Świdrowie, J. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CYPHER J. T. z siedzibą w Ząbkach i INST-EL J.A. C. Sp.j. z siedzibą w Sokółce,
3. w pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Miastu

Białystok Urzędowi Miejskiemu w Białymstoku Zarząd Dróg Miejskich unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie ofert wykonawców: SPIE Elbud Gdańsk S. A. z siedzibą w Gdańsku, Ł. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo-Usługowe „ELDOR” Ł. B. w Łomży i S. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ELSEB S. R. w Białymstoku,

4. kosztami postępowania obciąża odwołującego Pollight Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części ½ oraz zamawiającego Miasto Białystok Urząd Miejski w Białymstoku Zarząd Dróg Miejskich w części ½ i:
 - 4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Pollight Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Pollight Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 4.2 zasądza od zamawiającego Miasta Białystok Urzędu Miejskiego w Białymstoku Zarządu Dróg Miejskich na rzecz wykonawcy Pollight Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawcę Pollight Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3018/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Białystok Urząd Miejski w Białymstoku Zarząd Dróg Miejskich (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa i montaż opraw oświetleniowych na terenie Miasta Białegostoku (II)” (nr ZDM-XIV.271.13.2024). Wartość zamówienia jest wyższa, niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 lutego 2024 r. pod nr 122818-2024

Dnia 19 sierpnia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 505 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca Pollight Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec czynności Zamawiającego z dnia 8 sierpnia 2024 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej SPIE Elbud Gdańsk S. A. z siedzibą w Gdańsku oraz wobec zaniechania czynności przez Zamawiającego, co do których był on zobowiązany zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ustawy Pzp poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej, oferty SPIE Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku, która jest ofertą niezgodną z warunkami zamówienia w zakresie wykazania spełniania przez oferowane oprawy wymagań dotyczących zakresu temperatury pracy oprawy/temperatury otoczenia oraz w zakresie posiadania przez oprawy LED oświetlenia ulicznego i doświetlenia przejść dla pieszych zabezpieczenia termicznego modułu LED.
2. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez niewłaściwą ocenę ofert wykonawców:
 - a) SPIE Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku,
 - b) Ł. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo-Usługowe ELDOR Ł. B. w Łomży,
 - c) D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ENERI D. S. w Boczkach – Świdrowie,
 - d) S. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ELSEB S. R. w Białymstoku,
 - e) J. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CYPHER J. T. w Ząbkach,
 - f) INST-EL J.A. C. Sp.j. z siedzibą w Sokółce

i zaniechanie odrzucenia tych ofert w sytuacji, gdy oferty te są niezgodne z warunkami zamówienia w zakresie wykazania spełniania przez oferowane oprawy wymagań dotyczących zakresu temperatury otoczenia, potwierdzonej certyfikatem Enec oraz Enec+, a w przypadku ofert złożonych przez: SPIE Elbud Gdańsk S.A., z siedzibą w Gdańsku, jak i Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe ELDOR Ł. B. z siedzibą w Łomży, również nie potwierdzenia spełnienia wymagania w zakresie zabezpieczenia temperaturowego na module LED i w konsekwencji także wybór jako najkorzystniejszej oferty SPIE Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku, podlegającej odrzuceniu z przyczyn j.w.;

3. co w konsekwencji prowadzi także do naruszenia art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy Pzp, a także innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wnosił o:

1. Uwzględnienie odwołania.
2. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty SPIE Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku złożonej w Postępowaniu i dokonanie ponownej oceny ofert, a w konsekwencji nakazanie odrzucenia ofert wykonawców:
 - a) SPIE Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku,
 - b) Ł. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo-Usługowe ELDOR Ł. B. w Łomży,
 - c) D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ENERI D. S. w Boczkach – Świdrowie,
 - d) S. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ELSEB S. R. w Białymstoku,
 - e) J. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CYPHER J. T. w Ząbkach,

f) INST-EL J.A. C. Sp.j. z siedzibą w Sokółce

z powodów opisanych w uzasadnieniu odwołania;

3. Nakazanie wyboru oferty Pollight Sp. z o.o. jako oferty niepodlegającej odrzuceniu, która w przypadku odrzucenia w/w ofert uzyska najwyższą liczbę punktów w ramach kryterium oceny ofert.

4. Przeprowadzenie dowodu z:

1) Dokumentacji Postępowania;

2) Dokumentów wskazanych/przywołanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności w nim wskazane.

5. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej dnia 8 sierpnia 2014 r. zatem termin na wniesienie odwołania upłynął dnia 19 sierpnia 2024 r.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał na postanowienia dokumentacji postępowania dotyczące wymaganych przez Zamawiającego parametrów oświetlenia oraz dokumentów, które wykonawcy mieli przedłożyć na ich potwierdzenie. Odwołujący podał, że Zamawiający w ramach udzielonych wyjaśnień i zmiany SWZ z dnia 26 marca 2024r. doprecyzował wymaganie w zakresie wymaganej temperatury pracy opraw LED tj. podtrzymując wymaganie w zakresie przedziału temperatur oraz wskazując, iż określony zakres dotyczy temperatury otoczenia. Jednocześnie Odwołujący zauważył, że Zamawiający wskazał na istotność wpływu temperatury otoczenia na trwałość podzespołów oprawy i trwałość pracującego w oprawie źródła światła. Odwołujący wskazał, że zastrzeżenie potwierdzenia parametrów opraw oświetleniowych - poprzez przedłożenie przedmiotowych środków dowodowych - odnosiło się do wymagań technicznych określonych w załączniku do SWZ „Wymagania Techniczne”. Kwestią mającą zasadnicze znaczenie w perspektywie oceny zgodności zaoferowanych opraw zarówno oświetlenia ulicznego, doświetlenia przejść dla pieszych jak i opraw parkowych z wymaganiami Zamawiającego w zakresie temperatury pracy oprawy/temperatura otoczenia oprawy ma według Odwołującego fakt, że Zamawiający wymagał by temperatura pracy/temperatura otoczenia była potwierdzona zarówno przez Certyfikat ENEC jaki i Certyfikat ENEC+. Odwołujący zwrócił uwagę na kwestie samej certyfikacji i tego jak parametr temperatury otoczenia jest określany w danym certyfikacie. Nieprawdą zdaniem Odwołującego jest, iż temperatura otoczenia w ramach Certyfikatu ENEC oraz ENEC+ oznaczona jest symbolem „Ta”. Symbol „Ta” ma zastosowanie w przypadku Certyfikatu ENEC, natomiast w przypadku Certyfikacji ENEC+ temperatura otoczenia oprawy określana jest symbolem „Tq” co wynika wprost z dokumentów normatywnych PD EPRS 003 May 2018 (oparty na EN 62722-2-1:2016) oraz norm funkcjonalnych EN 62722-2-1:2016.

Odwołujący wskazał, że dla certyfikacji ENEC (bezpieczeństwo) temperatura otoczenia określona jest jako „Ta”, zaś dla certyfikacji ENEC+ (funkcjonalność) temperatura otoczenia określona jest jako „Tq”. Zauważył on również, że parametry „Ta” oraz „Tq” nie są od siebie

zależne. Z praktycznego punktu widzenia temperatura otoczenia ENEC (bezpieczeństwa) „Ta” oraz temperatura otoczenia ENEC+ (funkcjonalna) „Tq” są podobnymi parametrami ale nie są

tożsame i nie muszą odnosić się to tej samej wartości temperatury wyrażonej w stopniach Celsjusza. Odniesienie do temperatury Tq ma zdaniem Odwołującego krytyczne znaczenie dla trwałości funkcjonalnej oprawy oświetleniowej, w szczególności ze względu na zależność degradacji struktury półprzewodników (m.in. modułów LED) od temperatury otoczenia Tq oprawy oświetleniowej, temperatury pracy złącza p-n tj (junction temperature) oraz wartości prądu przepływającego przez złącze p-n.

Zamawiający jak wskazał Odwołujący dokonując oceny ofert, pominął że oferty wykonawców: Ł. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo-Usługowe ELDOR Ł. B. w Łomży, D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ENERI D. S. w Boczku – Świdrowie, S. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ELSEB S. R. w Białymstoku, J. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą CYPHER J. Trzaskowski w Ząbkach, INST-EL J.A. C. Sp.j. z siedzibą w Sokółce, SPIE Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku nie spełniają określonych przez niego w SWZ wymagań, dotyczących temperatury otoczenia zgodnie z ENEC+ czyli „Tq”. Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymaganiami określonymi w Warunkach Technicznych dla opraw do oświetlenia ulic i doświetlenia przejść Zamawiający wymagał by zakres temperatur pracy oprawy wynosił od -40°C do +50°C i był udokumentowany w certyfikacie ENEC oraz ENEC+ (pkt. 2 lit. t) Wymagań Technicznych). W przypadku opraw parkowych odnośne wymaganie wymaga by zakres temperatur pracy oprawy wynosił od -30°C do +35°C i był udokumentowany w certyfikacie ENEC oraz ENEC+ (pkt. 3 lit. n) Wymagań Technicznych. Wymaganie to jak zauważył Odwołujący zostało potwierdzone przez Zamawiającego na etapie odpowiedzi na pytania do SWZ udzielonych za pismem z dnia 26.03.2024r. (data publikacji 27.03.2024r.) zgodnie z którym:

ODPOWIEDŹ?

Zamawiający nie dopuszcza zmian zakresu temperatury pracy opraw do +40°C. Jednocześnie informuję, iż określając zakres pracy oprawy w temperaturze otoczenia od -40°C do +50°C, Zamawiający brał pod uwagę przewidywany czas eksploatacji opraw, z uwzględnieniem tendencji wzrostu średniej temperatury otoczenia oraz obowiązujące obecnie standardy europejskie gdzie oprawy przystosowane są do pracy w temperaturze do: +50°C. Temperatura pracy oprawy oświetleniowej ma bardzo istotny wpływ na trwałość jej podzespołów i trwałość pracującego w niej źródła światła.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, badając oferty w zakresie temperatury otoczenia, szczególnie że przy tym parametrze odwołuje się do certyfikacji ENEC oraz ENEC+ powinien

jednocześnie i całościowo wziąć pod uwagę zarówno Ta jak i Tq. Na powyższe wskazuje samo wymaganie Zamawiającego odnoszące się do dwóch różnych certyfikatów tj ENEC oraz ENEC+ jak i udzielona cytowana powyżej odpowiedź na pytanie. Zamawiający określając wymaganą temperaturę otoczenia, wskazał w Wymaganiach Technicznych, że potwierdzenie parametru ma być w certyfikatach ENEC oraz ENEC+. Odwołujący wskazał, że w konsekwencji iż Certyfikat ENEC określa temperaturę Ta, a certyfikat ENEC + określa temperaturę Tq, wykonawcy zobowiązani byli do wykazania spełnienia wymagania w zakresie temperatury otoczenia dla Certyfikacji ENEC „Ta” a dla Certyfikacji ENEC+ „Tq”. W przypadku wykonawcy SPIE Elbud Gdańsk S.A. dla oferowanych opraw z serii MARTIN oraz LUSCINA brak jest wskazania w certyfikacie ENEC i ENEC+ temperatury otoczenia Tq (jest tylko wskazana temperatura Ta). Temperatura Tq obowiązkowo wymagana jest programem certyfikacji ENEC + i stanowi istotny parametr dla określenia parametrów takich jak np. strumień świetlny oprawy i trwałość źródła światła dla zadanych warunków temperaturowych otoczenia. Odwołujący wskazał, że w ofercie jest brak jakiegokolwiek informacji o zabezpieczeniu termicznym na module LED wskazanych opraw MARTIN, zarówno w kartach katalogowych, jak i certyfikacji ENEC oraz ENEC+. W ofercie tej brak wyników badanych parametrów opraw w ramach certyfikatów ENEC+. W tych wynikach badań wskazane są między innymi temperatury Ta oraz Tq.

Odwołujący wskazał, że w przypadku oferty Ł. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo-Usługowe ELDOR Ł. B. występują te same uchybienia, co wskazane dla oferty SPIE Elbud Gdańsk S.A. Oferując oprawy serii STORK, LUSCINA oraz MARTIN w ofercie brak jest wskazania w certyfikacie ENEC i ENEC+ temperatury otoczenia Tq (jest tylko wskazana temperatura Ta).

Odwołujący wskazał, że w przypadku wykonawców D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ENERI D. S. w Boczach – Świdrowie, S. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ELSEB S. R. w Białymstoku, J. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CYPHER J. T. w Ząbkach, INST-EL J.A. C. Sp.j. z siedzibą w Sokółce oferujących tożsamy asortyment opraw parkowych PHILIPS z serii BDP, w dołączonym do certyfikatu ENEC+ raporcie z wynikami badanych parametrów, wskazano temperaturę Tq wynoszącą 25 st. C, a zatem niższą niż wymagana SWZ.

W dniu 4 września 2024 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź na odwołanie (datowana na 3 września 2024 r.), w której Zamawiający oświadczył, że:

- 1) Uwzględni odwołanie w części dotyczącej zarzutu opisanego w pkt 1, tj. naruszenia art. 239 ustawy Pzp poprzez wybór jako oferty najkorzystniej, oferty SPIE Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku, która jest ofertą niezgodną z warunkami zamówienia w zakresie

posiadania przez oprawy LED oświetlenia ulicznego i doświetlenia przejść dla pieszych zabezpieczenia termicznego modułu LED.

- 2) Uwzględni odwołanie w części dotyczącej zarzutu opisanego w pkt 2, tj. naruszenie

art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez niewłaściwą ocenę oferty i zaniechanie odrzucenia Wykonawcy SPIE Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku oraz Ł. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo-Usługowe ELDOR Ł. B. w Łomży w zakresie posiadania przez oprawy LED oświetlenia ulicznego i doświetlenia przejść dla pieszych zabezpieczenia termicznego modułu LED.

- 3) Wnosi o oddalenie odwołania w pozostałej części, tj. w zakresie zarzutu opisanego w pkt 2 - naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp wobec pozostałych Wykonawców, tym samym Zamawiający nie uznaje za zasadne nw. żądań tj:

- a) nakazania odrzucenia ofert Wykonawców:

- D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ENERI D. S. w Boczach -

Świdrowie,

- S. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ELSEB S. R. w Białymstoku,
- J. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CYPHER J. T. w Ząbkach,
- INST-EL J.A. C. Sp. j. z siedzibą w Sokółce

- b) nakazania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 10 września 2024 r. do akt sprawy wpłynęło pismo procesowe Zamawiającego Sprostowanie odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 września 2024 r., w którym Zamawiający oświadczył, że:

- 1) uwzględnić odwołanie w części dotyczącej zarzutu opisanego w pkt 1, tj. naruszenia art. 239 ustawy Pzp poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej, oferty SPIE Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku, która jest ofertą niezgodną z warunkami zamówienia w zakresie posiadania przez oprawy LED oświetlenia ulicznego i doświetlenia przejść dla pieszych zabezpieczenia termicznego modułu LED.
- 2) uwzględnić odwołanie w części dotyczącej zarzutu opisanego w pkt 2, tj. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez niewłaściwą ocenę oferty i zaniechanie odrzucenia Wykonawcy SPIE Elbud Gdańsk S. A., z siedzibą w Gdańsku oraz Ł. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo-Usługowe ELDOR Ł. B. w Łomży w zakresie posiadania przez oprawy LED oświetlenia ulicznego i doświetlenia przejść dla pieszych zabezpieczenia termicznego modułu LED.
- 3) wnosi o oddalenie odwołania w pozostałej części, tj. w zakresie zarzutu opisanego w pkt 2 – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp wobec pozostałych Wykonawców, tym samym Zamawiający nie uznaje za zasadne nw. żądań, tj:
 - a) nakazania odrzucenia ofert Wykonawców:
 - D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ENERI D. S. w Boczkach – Świdrowie,
 - S. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ELSEB S. R. w Białymstoku,
 - J. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CYPHER J. T. w Ząbkach,
 - INST-EL J.A. C. Sp. j. z siedzibą w Sokółce
 - b) nakazania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze w części zarzutu nr 1 dotyczącego naruszenia art. 239 ustawy Pzp poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty SPIE Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku, która jest ofertą niezgodną z warunkami zamówienia w zakresie posiadania przez oprawy LED oświetlenia ulicznego i doświetlenia przejść dla pieszych zabezpieczenia termicznego modułu LED oraz w części zarzutu nr 2, tj. dotyczącej naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez niewłaściwą ocenę oferty i zaniechanie odrzucenia wykonawcy SPIE Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku oraz Ł. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo-Usługowe „ELDOR” Ł. B. w Łomży w zakresie posiadania przez oprawy LED oświetlenia ulicznego i doświetlenia przejść dla pieszych zabezpieczenia termicznego modułu LED, podlegało umorzeniu na podstawie przepisu art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z przywoływanym przepisem, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 4 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

W pozostałym zakresie, Izba stosownie do art. 522 ust. 4 ustawy Pzp rozpoznała odwołanie.

W dniu 11 września 2024 r. do akt sprawy wpłynęło pismo procesowe wraz z załącznikami złożone przez Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej odnośnie wykonawców:

- a) SPIE Elbud Gdańsk S. A. z siedzibą w Gdańsku,
- b) Ł. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo-Usługowe

ELDOR Ł. B. w Łomży oraz

c) S. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ELSEB S. R. w Białymstoku.

Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż ewentualne uwzględnienie przez Izbę zarzutów odwołania dotyczących tych wykonawców może doprowadzić do dokonania wyboru oferty Odwołującego (sklasyfikowanej na czwartej pozycji w rankingu ofert) jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, ani po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie nie zgłosił żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego w dniu 4 września 2024 r. (datowanej na 3 września 2024 r.), Sprostowania odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 września 2024 r. złożonego przez Zamawiającego dnia 10 września 2024 r., pisma procesowego złożonego przez Odwołującego dnia 11 września 2024 r. wraz z załącznikami, tabeli złożonej przez Odwołującego dnia 12 września 2024 r. oraz załącznika nr 1 złożonego przez Zamawiającego podczas rozprawy.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie w rozpoznawanym zakresie należało uwzględnić.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa i montaż opraw oświetleniowych na terenie Miasta Białegostoku (II)”. Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę i montaż energooszczędnych

opraw ledowych na terenie miasta Białegostoku. Zakres zamówienia obejmuje dostawę oraz montaż trzech rodzajów energooszczędnych opraw ledowych, to jest: 1) opraw ulicznych, 2) opraw przy doświetleniu przejść dla pieszych oraz 3) opraw parkowych. Szczegółowe parametry opraw zostały określone w SWZ – w załączniku nr 9 do SWZ - warunki techniczne z dnia 13 lutego 2024 r.

Zgodnie z rozdz. X SWZ:

„W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest wraz z ofertą przedłożyć:

1) dot. opraw oświetlenia ulicznego:

karty katalogowe producentów oferowanych opraw ledowych wraz z deklaracjami zgodności UE, certyfikatami jakości CE, certyfikatami ENEC, ENEC+ z załączonymi wynikami badanych parametrów technicznych opraw oraz certyfikat Zhaga-D4i.

2) dot. opraw przy doświetleniu przejść dla pieszych:

karty katalogowe producentów oferowanych opraw ledowych wraz z deklaracjami zgodności UE, certyfikatami jakości CE, certyfikatami ENEC, ENEC+ z załączonymi wynikami badanych parametrów technicznych opraw oraz certyfikat Zhaga-D4i.

3) dot. opraw parkowych:

karty katalogowe producentów oferowanych opraw ledowych wraz z deklaracjami zgodności UE, certyfikatami jakości CE, certyfikatami ENEC, ENEC+ z załączonymi wynikami badanych parametrów technicznych opraw oraz certyfikat Zhaga-D4i.”

Zgodnie treścią załącznika nr 9 do SWZ - Warunki Techniczne, Zamawiający wymagał m.in.: w zakresie opraw LED typu oświetlenia ulicznego i doświetlenia przejść dla pieszych: - zgodnie z pkt 2 lit. t) by zakres temperatury pracy opraw był od -40°C do +50°C udokumentowany w certyfikacie ENEC oraz ENEC+

- zgodnie z pkt 2 lit. v) oprawa powinna posiadać zabezpieczenie termiczne modułu LED realizowane przez czujnik temperatury umieszczony na płycie LED połączony elektrycznie z zasilaczem.

W zakresie opraw oświetlenia LED typu parkowego:

- zgodnie z pkt 3 lit. n) by zakres temperatury pracy opraw był od -30°C do +35°C udokumentowany w certyfikacie ENEC oraz ENEC+

W przypadku wykonawcy SPIE Elbud Gdańsk S.A. dla oferowanych opraw z serii MARTIN oraz LUSCINA brak jest wskazania w certyfikacie ENEC i ENEC+ temperatury otoczenia T_a (jest tylko wskazana temperatura T_a).

W przypadku oferty Ł. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo-Usługowe ELDOR Ł. B. dla oferowanych opraw serii STORK, LUSCINA oraz MARTIN w ofercie brak jest wskazania w

certyfikacie ENEC i ENEC+ temperatury otoczenia Tq (jest tylko wskazana temperatura Ta).

W przypadku wykonawców D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ENERI D. S. w Boczach – Świdrowie, S. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ELSEB S. R. w Białymstoku, J. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CYPHER J. T. w Ząbkach, INST-EL J.A. C. Sp.j. z siedzibą w Sokółce oferujących tożsamy asortyment opraw parkowych PHILIPS z serii BDP, w dołączonym do certyfikatu ENEC+ raporcie z wynikami badanych parametrów, wskazano temperaturę Tq wynoszącą 25 st. C.

W postępowaniu oferty złożyło 9 wykonawców.

Nr	Nazwa i siedziba Wykonawcy	Cena ofertowa brutto
1	YUNEX Sp. z o.o. ul. Żupnicza 11,03-821 Warszawa	1 857 300,00 zł
2	MICROMEX JOMf A ^{MM} ul. Świętojańska 32D, 62-500 Konin	2 386 887,57 zł
3	Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo-Usługowe „ELDOR” ul. Poznańska 125, 18-400 Łomża	1 740 450,00 zł
4	ENERI Boczki - Świdrowo 42, 19-200 Grajewo	1 912 773,00 zł
5	SPIE Elbud Gdańsk S.A. ul. Marynarki Polskiej 87, 80-557 Gdańsk	1 580 141,48 zł
6	ELSEB MR ^{AMP} ul. Konrada Wallenroda 14, 15-132 Białystok	1 707 676,65 zł
7	POLLIGHT Sp. z o.o. Al. J. Ch. Szucha 11B lok. H2, 00-580 Warszawa	1 777 350,00 zł
8	CYPHER M ^{TgMp} ul. Gen. Józefa Hallera 18, 05-091 Ząbki	1 949 491,30 zł
9	INST-EL J.A. C. Sp.j. ul. Kryńska 57A, 16-100 Sokółka	1 986 450,00 zł

W dniu 1 lipca 2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W dniu 11 lipca 2024r. Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego w postępowaniu tj. odrzucenia oferty Odwołującego oraz od zaniechania czynności odrzucenia ofert m.in.:

- 1) SPIE Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku,
- 2) Ł. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo-Usługowe ELDOR Ł. B. w Łomży,
- 3) D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ENERI D. S. w Boczach – Świdrowie,
- 4) S. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ELSEB S. R. w Białymstoku,
- 5) J. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CYPHER J. T. w Ząbkach,
- 6) INST-EL J.A. C. Sp.j. z siedzibą w Sokółce

W dniu 26 lipca 2024r. Zamawiający uwzględnił zarzut główny dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego oraz wniósł o oddalenie pozostałych zarzutów w zakresie zaniechania odrzucenia ofert pozostałych wykonawców wskazując, że zarzut dotyczący zaniechania czynności odrzucenia ofert jak i żądania ich odrzucenia jest zarzutem przedwczesnym, ponieważ Zamawiający nadal jest na etapie badania i oceny ofert.

W następstwie uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu głównego oraz wydanego w sprawie o sygn. KIO 2443/24 postanowienia KIO, Zamawiający w dniu 8 sierpnia 2024r. dokonał ponownej czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez SPIE Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku. Oferta Odwołującego uplasowała się na czwartej pozycji w rankingu ofert.

Z takim stanowiskiem Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący składając odwołanie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że zgodnie z art. 501 ust. 1 ustawy Pzp:

„1. Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.”

Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wykazanie przesłanki materialnoprawnej jest ściśle związane z wykazaniem, że wykonawca jest nadal zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, a wadliwe zachowanie zamawiającego, nie dość, że odwołującemu szkodzi, to jeszcze uniemożliwia uzyskanie zamówienia. Nie każda szkoda, jaką może ponieść wykonawca, uprawdopodobnia istnienie przesłanki dopuszczalności odwołania, a jedynie taka która jest ściśle powiązana z interesem w uzyskaniu zamówienia. W związku z tym dostęp do środków ochrony prawnej przysługuje tylko tym wykonawcom, którzy wykażą i interes, i szkodę w takim rozumieniu jakie wynika z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, a więc w uzyskaniu zamówienia. Zatem sama szkoda, ani sam

interes nie są wystarczające dla uzasadnienia dopuszczalności odwołania. Interes w uzyskaniu zamówienia to możliwość jego uzyskania, a co za tym idzie interes posiadać będzie tylko ten wykonawca, który wskutek decyzji Zamawiającego traci możliwość uzyskania zamówienia. Tym samym niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie Zamawiającego pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia.

Izba wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący nie wykazał posiadania interesu w zakresie zarzutu dotyczącego wykonawców D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ENERI D. S. w Boczkach – Świdrowie, J. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CYPHER J. T. z siedzibą w Ząbkach i INST-EL J.A. C. Sp.j. z siedzibą w Sokółce. W przedmiotowej sprawie Odwołujący złożył ofertę, która została wyżej oceniona od ofert złożonych przez wymienionych wykonawców, nie sposób w związku z tym uznać, że został on przez Zamawiającego pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał również szkody jaką może ponieść na skutek zaniechań zarzucanych przez niego Zamawiającemu w stosunku do ofert wskazanych wykonawców.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek dla wniesienia odwołania określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp w zakresie zarzutu dotyczącym wykonawców D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ENERI D. S. w Boczkach – Świdrowie, J. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CYPHER J. T. z siedzibą w Ząbkach i INST-EL J.A. C. Sp.j. z siedzibą w Sokółce, w związku z czym odwołanie należało oddalić w tym zakresie.

Rozpoznanie sprawy przez Izbę dotyczyło tego, czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez niewłaściwą ocenę ofert wykonawców:

- a) SPIE Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku,
- b) Ł. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo-Usługowe ELDOR Ł. B. w Łomży oraz
- c) S. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ELSEB S. R. w Białymstoku i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia ofert tych wykonawców w sytuacji, gdy są one niezgodne z warunkami zamówienia w zakresie wykazania spełnienia przez oferowane oprawy wymagań dotyczących zakresu temperatury otoczenia, potwierdzonej certyfikatem Enec oraz

Enec+.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5):

„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(...)

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.”

Zgodnie z rozdziałem X SWZ w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego wykonawcy byli zobowiązani przedłożyć odnośnie wszystkich trzech rodzajów opraw m.in. certyfikaty ENEC i ENEC+ z załączonymi wynikami badanych parametrów technicznych.

To wymaganie znalazło się również w pkt 14.1 i 14.2 SWZ, w których wskazano zakres temperatury pracy opraw (od - 40°C do + 50°C w zakresie opraw LED typu oświetlenia ulicznego i doświetlenia przejść dla pieszych oraz - 30°C do + 35°C w zakresie opraw oświetlenia LEDN typu parkowego). Zakres temperatury pracy miał być udokumentowany w certyfikacie ENEC i ENEC+.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że Zamawiający wymagając przedłożenia dwóch certyfikatów wymagał jednocześnie wskazania w nich parametrów, które one potwierdzają. Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że certyfikat ENEC powinien wskazywać parametr ta, zaś certyfikat ENEC+ parametr tq. Zamawiający wskazał, że nie wymagał on, aby w którymkolwiek z certyfikatów został określony parametr tq. Zwrócić jednak należy uwagę, że w dokumentacji postępowania nie pojawia się również nazwa parametru ta. Izba wskazuje, że załącznik nr 1 do pisma procesowego Odwołującego dnia 11 września 2024 r. tj. oświadczenie jednostki certyfikującej

oraz przedłożony przez Zamawiającego podczas rozprawy dowód nr 1 w postaci korespondencji mailowej z przedstawicielem jednostki certyfikującej są spójne i wynika z nich, że pojęcia ta i tq są do siebie zbliżone, natomiast nie ma między nimi powiązania. Certyfikat ENEC+ potwierdza spełnienie wymagań eksploatacyjnych dla opraw w nim podanych. Natomiast warunków eksploatacyjnych dotyczy parametr tq. Nie sposób w związku z tym przyjąć interpretacji Zamawiającego, że żądał on obu certyfikatów na potwierdzenie parametru ta. Jak wynika z przedłożonego dowodu nr 1 Zamawiający posiadał szczegółową wiedzę na temat zakresu obu certyfikatów w sierpniu 2023 r. Wykonawcy SPIE Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku oraz Ł. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo-Usługowe ELDOR Ł. B. w Łomży przedłożyli certyfikaty ENEC+ zawierające wyłącznie parametr ta, który nie jest obowiązkowym elementem jego zakresu. Nie został w nich wskazany obowiązkowy parametr tq, co należy uznać za błąd certyfikatu, a nie okoliczność podlegającą uzupełnieniu, bowiem parametr ten jest elementem koniecznym certyfikatu ENEC+. Podobnie w kategoriach błędu należy ocenić wartość +25°C wskazaną w przedłożonym przez wykonawcę S. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ELSEB S. R. w Białymstoku certyfikacie ENEC+. Jak wynika ze wskazanych dowodów certyfikaty wskazują wartość graniczną, która w przypadku opraw oświetlenia ulicznego i doświetlenia przejść dla pieszych wynosiła +50°C, zaś dla opraw oświetlenia parkowego wynosiła +35°C. Jak wynika z odpowiedzi na pytanie nr

5 Zamawiający nie dopuścił zmiany zakresu temperatury pracy opraw. Izba wskazuje, że przedmiotowe środki dowodowe służą zweryfikowaniu poprawności merytorycznej oferty zgodnie z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub potwierdzeniu oferowanych właściwości przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby Zamawiający żądając przedłożenia obu certyfikatów potwierdził, że oba parametry ta i tq są dla niego istotne, w związku z czym oferty złożone przez powyższych wykonawców są niezgodne z warunkami zamówienia w zakresie wykazania spełniania przez oferowane oprawy wymagań dotyczących zakresu temperatury otoczenia, potwierdzonej certyfikatem EneC oraz EneC+.

Mając na uwadze powyższe również zarzut nr 3 będący zarzutem wynikowym dotyczący naruszenia przez Zamawiającego podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych należy uznać za zasadny.

Odnosząc się do podniesionej przez Zamawiającego kwestii przedwczesności odrzucenia wykonawców, Izba wskazuje, że uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych może dotyczyć wyłącznie:

- 1) złożenia przedmiotowego środka dowodowego, który nie został złożony, 2) uzupełnienia części złożonego dokumentu o brakującą (niezłożoną) część.

Art. 107 ustawy Pzp nie upoważnia natomiast Zamawiającego do wezwania o poprawienie złożonego dokumentu, jeśli budzi on jego wątpliwości lub nie potwierdza, że dostawy oferowane przez wykonawcę spełniają wymogi zamawiającego. Nie służy on również poprawieniu błędnie wypełnionego przedmiotowego środka dowodowego. Nie można bowiem postawić znaku równości pomiędzy dokumentem niezłożonym lub niekompletnym a błędnie wypełnionym, czy nie potwierdzającym spełniania wymogów Zamawiającego. Wezwanie do podania brakującej wartości, która powinna zostać określona w certyfikacie ENEC+ należałoby uznać za niedopuszczalną negocjację treści oferty i ingerencję w jej treść. Zdaniem Izby w tym przypadku nie możemy mówić, jak wskazał podczas rozprawy Zamawiający o środku dowodowym niekompletnym (gdzie jak przyznał sam Zamawiający nie wie, jak dokładnie miałyby wyglądać poprawiony środek przedmiotowy do uzupełnienia, którego by wzywał), a o takim, który nie potwierdza spełnienia wymogów Zamawiającego.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie w zakresie zarzutów dotyczącym wykonawców:

- a) SPIE Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku,
- b) Ł. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo-Usługowe ELDOR Ł. B. w Łomży oraz
- c) S. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ELSEB S. R. w Białymstoku zasługiwało na uwzględnienie wobec czego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego i Zamawiającego.

Przewodnicząca: