Sygn. akt: KIO 4281/24

WYROK

Warszawa, dnia 3 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2024 r. przez wykonawcę **E.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą ELES-BUD E.K., ul. Powstańców 4a/2, 05-230 Kobyłka**,

w postępowaniu prowadzonym przez: **Gminę Piaseczno, ul. Kościuszki 5, 05-500 Piaseczno,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego, tj. wykonawcy **Ś. sp. z o. o., ul. Przejazdowa 27 A, 05-800 Pruszków**,

orzeka:

1.umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2,

2.**uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutu nr 3 i nakazuje zamawiającemu w części nr I i II postępowania: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy Ś. sp. z o.o., na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia wykazu osób w zakresie okresu doświadczenia osób, którymi dysponuje ten wykonawca oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

3.**oddala odwołanie** w pozostałym zakresie,

4.kosztami postępowania obciąża zamawiającego w części 1/6 i odwołującego w części 5/6, 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 zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 3 100 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sto złotych zero groszy) stanowiącą należną część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

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 4281/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Piaseczno, ul. Kościuszki 5, 05-500 Piaseczno, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wymiana oświetlenia drogowego”, numer referencyjny: 86/2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.08.2024 r.,nr 162/2024 502112-2024.

W dniu 18.11.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy E.K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą ELES-BUD E.K., ul. Powstańców 4a/2, 05-230 Kobyłka (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ś. sp. z o.o. w części nr I oraz II w sytuacji, gdy wykonawca ten nie złożył wraz z ofertą kompletnych przedmiotowych środków dowodowych w postaci Certyfikatów ENEC i ENEC+ zgodnych z wymaganiami Zamawiającego, w szczególności w Certyfikatach brak jest potwierdzenia mocy opraw (35W, 50W, 70W, 100W), temperatury Ta, temperatury barwowej, a w Certyfikacie ENEC+ dodatkowo brak jest potwierdzenia Klasy ochrony przeciwporażeniowej, stopnia szczelności IP i ochronności IK,

2)art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Ś. sp. z o.o. w części nr I oraz II do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci zaświadczeń o karalności dla członków Zarządu w związku z faktem, że wykonawca ten nie złożył przedmiotowych dokumentów,

3)art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Ś. sp. z o.o. w części nr I oraz II do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu osób, w sytuacji gdy złożony wykaz nie potwierdza spełnienia warunków przez żadną z wymienionych osób w zakresie wymaganego doświadczenia,

4)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Voltea w części nr I oraz II w sytuacji, gdy wykonawca ten nie złożył wraz z ofertą prawidłowego przedmiotowego środka dowodowego w postaci Raportu z badań IK i IP opraw pochodzącego z akredytowanego laboratorium na terenie Unii Europejskiej,a ponadto złożony certyfikat ENEC i ENEC+ nie spełnia wymagań Zamawiającego, gdyż brak jest tam informacji na temat: temperatury Ta w zakresie minusowych temperatur oraz ochronności IK,

z ostrożności procesowej, na wypadek uznania, że złożenie niekompletnych, nieprawidłowych przedmiotowych środków dowodowych nie wypełnia przesłanki odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Odwołujący zarzucił naruszenie:

5)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ś. sp. z o.o. w części nr I oraz II, w sytuacji gdy wykonawca ten nie złożył wraz z ofertą kompletnych przedmiotowych środków dowodowych w postaci Certyfikatów ENEC i ENEC+ zgodnych z wymaganiami Zamawiającego, a tym samym jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia i nie potwierdza wymaganych parametrów,

6)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Voltea w części nr I oraz II, w sytuacji gdy wykonawca ten nie złożył wraz z ofertą prawidłowego przedmiotowego środka dowodowego w postaci Raportu z badań IK i IP opraw pochodzącego z akredytowanego laboratorium na terenie Unii Europejskiej, a ponadto złożony certyfikat ENEC i ENEC+ nie spełnia wymagań Zamawiającego i nie potwierdza wymaganych parametrów a tym samym jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia,

Ponadto na wypadek nieuwzględnienia zarzutów nr 2 i 6, dodatkowo zarzucił naruszenie:

7)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Voltea w części nr I oraz II, w sytuacji gdy z Certyfikatów ENEC i ENEC+ złożonych jako przedmiotowe środki dowodowe wynika, że zaoferowane oprawy nie spełniają wymagań Zamawiającego.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„Ad. zarzutu nr 1 i 5

Ś. sp. z o.o. złożyła wraz z ofertą tylko i wyłącznie pierwsze strony Certyfikatów ENEC i ENEC+ bez załączników, o których była mowa w tych certyfikatach. Zgodnie z adnotacjami na samym dole certyfikatów, dodatkowe informacje w tym parametry techniczne znajdują się w załącznikach do certyfikatów. Pomijając fakt, że w ocenie Odwołującego już sam ten fakt stanowi o niekompletności dokumentu i stanowi samoistną podstawę do uznania, że Certyfikaty nie zostały złożone, to wskazać należy, że w treści żadnego z tych Certyfikatów nie ma informacji na temat mocy, temperatury Ta, klasy ochrony przeciwporażeniowej, temperatury barwowej, stopnia szczelności IP, ochronności IK co uniemożliwia potwierdzenie spełnienie wymagań zawartych w dokumentacji projektowej.

W szczególności w Certyfikatach brak jest potwierdzenia mocy opraw (35W, 50W, 70W, 100W), temperatury Ta, temperatury barwowej a w Certyfikacje ENEC+ dodatkowo brak jest potwierdzenia Klasy ochrony przeciwporażeniowej, stopnia szczelności IP i ochronności IK. Tym samym dokumenty ten nie mogą zostać uznane za potwierdzające, że oferowane oprawy spełniają wymagania Zamawiającego.

Wobec faktu, że Zamawiający zaznaczył w SWZ, że nie będzie wzywał do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych należy uznać, że Wykonawca wbrew wymaganiom wskazanym w SWZ nie złożył w wyznaczonym terminie, a więc wraz z ofertą, przedmiotowego środka dowodowego, co stanowi podstawę do odrzucenia tej oferty.

Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że w razie uznania przez Izbę, że przedmiotowy środek dowodowy został złożony, lecz jest on niekompletny, ale nie wypełnia to przesłanek odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, gdyż w przepisie tym jest mowa o niezłożeniu przedmiotowego środka dowodowego, co mogłoby sugerować, że chodzi o sytuacje, w których wykonawca w ogóle nie składa takiego dokumentu, to brak pełnych Certyfikatów, które nie potwierdzają wymagań zawartych w dokumentacji projektowej w zakresie, o którym była mowa w odpowiedzi na pyt. nr 2 przywołane na wstępie, powoduje konieczność uznania, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia bowiem nie doszło do potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami Zamawiającego.

Ad. zarzutu nr 2

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, Ś. sp. z o.o. nie złożył wymaganych dokumentów w postaci zaświadczeń o karalności członków zarządu tej spółki. Z informacji z KRS wynika, że jest trzech członków zarządu w tej spółce, jednak wobec żadnego z nich informacja o karalności nie została przedstawiona.

Ad. zarzutu nr 3

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, Ś. sp. z o.o. złożyła m.in. wykaz osób przeznaczonych do realizacji zamówienia. Wskazać jednak należy, że z informacji zawartych w wykazie nie wynika potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie posiadanych lat doświadczenia zawodowego. Nadmienić należy, że okres zatrudnienia nie jest tożsamy z okresem doświadczenia zawodowego, gdyż konkretna osoba mogła być zatrudniona na całkiem innym stanowisku niż wymagane w ramach zamówienia, a nawet gdyby była zatrudniona na właściwym stanowisku, nie oznacza, że faktycznie realizowała czynności zawodowe, nabywając przy tym doświadczenie. Tym samym stwierdzić należy, że wykaz nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu dla potencjału osobowego i zachodzi konieczność jego uzupełnienia.

Ad. zarzutu nr 4 i 6

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, wraz z ofertą, Konsorcjum Voltea złożyło przedmiotowy środek dowodowy w postaci Raportu z badania IK i IP opraw, przy czym Raporty te zostały sporządzone przez laboratorium w Szanghaju, które to miasto z całą pewnością nie znajduje się na terenie Unii Europejskiej.
W toku postępowania, Konsorcjum Voltea było wzywane do wyjaśnień w tym zakresie, w których nie zaprzeczyło, że badania zostały wykonane w Szanghaju, a jedynie podnosiło, że były to laboratoria DEKRA, firmy pochodzącej z Unii Europejskiej i badania tam wykonywane, są wykonywane według tych samych procedur co w Europie. Z niewiadomych przyczyn, Zamawiający uznał te wyjaśnienia, co należy uznać za działanie wprost sprzeczne z jego wymaganiem, co oczywiście prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wymaganie było jednoznaczne, że raporty mają pochodzić z akredytowanego laboratorium znajdującego się na terenie Unii Europejskiej. Wyjaśnienia Konsorcjum Voltea kontestują ten warunek, przy czym wskazać należy, że czas na złożenie środków ochrony prawnej w zakresie postanowień SWZ już minął.
Odwołujący wskazuje, że czysto hipotetycznie, potencjalny wykonawca spoza Unii Europejskiej mógł zrezygnować z udziału w postępowaniu widząc tak postawione wymaganie, a przyjmując wyjaśnienia Konsorcjum Voltea okazuje się, że z powodzeniem mógł składać ofertę. Takie rozwiązanie jest nie do zaakceptowania.
W odniesieniu do zarzutu dot. Certyfikatów ENEC i ENEC+, Odwołujący podtrzymując argumentację wskazaną dla zarzutu dot. oferty Świecki sp. z o.o. w tym zakresie, wskazuje, że wykonawca ten wprawdzie dołączył załącznik do Certyfikatów lecz brak jest tam informacji na temat: temperatury Ta w zakresie minusowych temperatur oraz ochronności IK, które były wskazane jako wymagane w odpowiedzi na pyt. nr 2. Tym samym, dokument ten należy uznać za niewystarczający i w tym zakresie również podtrzymując argumentacje jak dla zarzutów 1, 5 zasadnym jest odrzucenie oferty.
Ad. zarzutu nr 7
Odwołujący wskazuje, że w Załączniku nr 6 do OPZ dla części I oraz II pkt 19, Zamawiający wymagał, aby zakres temperatury pracy opraw mieścił się w granicach od - 30ºC do + 40ºC. Z załączonych przez Konsorcjum Voltea Certyfikatów wynika, że oprawy mogą pracować w temperaturze otoczenia 50ºC. Brak jest natomiast jakiejkolwiek informacji, czy mogą one pracować w temperaturach ujemnych i czy certyfikacja była objęta praca opraw przy temperaturach ujemnych. Odwołujący przypomina, że przedmiotowy środek dowodowy ma potwierdzać, że oferowana w tym przypadku oprawa spełnia wymagania Zamawiającego. W Certyfikatach brak jest natomiast na temat pracy opraw w temperaturach ujemnych. Jednocześnie wskazać należy, że okoliczność ta nie może podlegać jakimkolwiek wyjaśnieniom, gdyż prowadziłyby one do uzupełnienia treści przedmiotowego środka dowodowego nota bene nawet nie przez jednostkę certyfikującą. Tym samym, również z tych powodów oferta Konsorcjum Voltea podlega odrzuceniu."

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności wyboru oferty,
2) odrzucenia ofert Ś. sp. z o.o. i Konsorcjum Voltea w części nr I oraz II,
3) ewentualnie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Ś. sp. z o.o., ul. Przejazdowa 27 A, 05-800 Pruszków (dalej: „Przystępujący"). Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 20.11.2024 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili także wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: VOLTEA POLAND sp. z o.osp.k., ul. Bydgoska 19a, 86-065 Lisi Ogon oraz M.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.P. Zakład Usług Elektrycznych "ELPRZEM" M.Prędota, ul. Słoneczna 10, 05-520 Konstancin-Jeziorna (dalej: „konsorcjum Voltea"). Konsorcjum Voltea zatytułowało informację o przystąpieniu: „*PRZYSTĄPIENIE DO POSTĘPOWANIA ODWOŁAWCZEGO po stronie Zamawiającego*", a następnie w uzasadnieniu tegoż pisma wskazało, że „*zgłasza przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego tylko w części zarzutów oraz wniosków dotyczących Wykonawcy Ś. sp. z.o.o. z siedzibą w Pruszkowie. W zakresie zarzutów oraz wniosków dotyczących Konsorcjum Voltea, Przystępujący nie popiera stanowiska Odwołującego*". Dalej konsorcjum Voltea uzasadniło swój interes w przystąpieniu po stronie Odwołującego w zakresie dotyczącym zarzutów odnoszących się do wykonawcy Ś., jak też wskazało: „*Wobec powyższego, Konsorcjum Voltea przyłącza się tylko do zarzutów i wniosków dotyczących Wykonawcy Ś. sp. z.o.o. z siedzibą w Pruszkowie, które przedstawia Odwołujący*". Z tak sformułowanego pisma wynika, że konsorcjum Voltea zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i po stronie Odwołującego.

Zgodnie z art. 525 ust. 1 i 4 ustawy Pzp:
1. Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której

przystępuje.

4. Czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z wyjątkiem przypadku zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 523 ust. 1, przez uczestnika, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego.

Z przytoczonych przepisów, przede wszystkim z użytego w nich słowa „strona" w liczbie pojedynczej, wynika że wykonawca może zgłosić przystąpienie tylko do jednej ze stron postępowania odwoławczego, a ponadto jego czynności nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami tej (jednej tylko) strony, do której przystąpił. W niniejszej sprawie konsorcjum Voltea zgłosiło przystąpienie jednocześnie po stronie Zamawiającego i po stronie Odwołującego, w dodatku w zakresie zarzutów dotyczących jego oferty wprost oświadczyło, że nie popiera stanowiska Odwołującego. Tym samym oświadczenie złożone przez konsorcjum Voltea w piśmie informującym o zgłoszeniu przystąpienia jest niezgodne z art. 525 ust. 1 i 4 ustawy Pzp. Dlatego też Izba uznała, że zgłoszenie przystąpienia jest wadliwe i nie dopuściła konsorcjum Voltea do postępowania odwoławczego w charakterze jego uczestnika.

Pismem z dnia 28.11.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o uwzględnieniu odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania Przystępującego Ś. do uzupełnienia zaświadczeń o karalności członków zarządu (zarzut nr 2), natomiast w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący Ś. oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu nr 2. Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp: 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. Ponadto zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp: Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522. Stosownie zatem do ww. przepisów postępowanie odwoławcze zostało umorzone w zakresie zarzutu nr 2.

W zakresie pozostałych zarzutów w trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest wymiana opraw sodowych oświetlenia ulicznego na nowe oprawy typu LED. Przedmiot zamówienia został podzielony na 2 części, niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy obu z nich.

W części II specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ") w ust. 1 pkt 2 ppkt d.2) Zamawiający wymagał dysponowania wyspecjalizowaną kadrą pracowniczą, w skład której wchodzi minimum:

a)Kierownik budowy z uprawnieniami budowlanymi w zakresie, do kierowania robotami w specjalności instalacji elektrycznych – elektroenergetycznych lub pokrewne, oraz posiada aktualne świadectwo kwalifikacji zawodowej typ. D do 1kV. Doświadczenie zawodowe min. 3 lata.

b)Elektromonterów, minimum dwie osoby, z poświadczonym wykształceniem zawodowym w zakresie elektromonter, elektryk, energetyk lub pokrewne, na poziomie min. ukończona szkoła zawodowa o takim lub podobnym profilu. Osoby te powinny posiadać aktualne świadectwo kwalifikacji zawodowych na poziomie typ. E do 1 kV. Doświadczenie zawodowe min. 3 lata.

c)Operator podnośnika, jedna osoba z uprawnieniami dozoru technicznego, doświadczenie zawodowe min. 3 lata

d)Kierowca samochodu dostawczego do 3,5 t. Doświadczenie zawodowe min. 3 lata.

Wszyscy pracownicy w dyspozycji Wykonawcy muszą mieć status pracowników na etacie min. 1 rok. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku Zamawiający żądał złożenia wykazu osób zgodnego ze wzorem stanowiącym zał. nr F do SWZ, w którym to wzorze pod tabelą zamieścił instrukcję: „Zamawiający wymaga, aby Wykonawca opisał nabyte doświadczenie osób wymaganych w postępowaniu w taki sposób, żeby było możliwe wyliczenie okresu pełnienia przez te osoby funkcji. Zamawiający informuje, iż okres pełnienia funkcji w tym samym czasie na kilku zadaniach będzie liczony jako jeden okres doświadczenia oraz przypadku braku podania dnia rozpoczęcia i zakończenia pełnienia funkcji skrajne miesiące nie będą wliczane do okresu doświadczenia".

W pkt 19 załącznika nr 6 do OPZ Zamawiający zawarł wymóg:Zakres temperatury pracy opraw: - 30ºC do + 40ºC.

W wyniku odpowiedzi udzielonej na pytania wykonawców, Zamawiający w części III SWZ w pkt 9 wymagał złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych w postaci:

1)Deklaracji CE oraz RoHS od producenta,

2)Karty katalogowej opraw umożliwiającej weryfikację założonych parametrów,

3)Raportu z badania IK i IP opraw pochodzącego z akredytowanego laboratorium na terenie Unii Europejskiej,

4)Raportu LM - 80 zastosowanych diod LED, dla temperatur referencyjnych, wraz z prognozą trwałości strumienia światła zgodnie ze wzorem Memorandum Technicznym TM -21, potwierdzającego trwałość strumienia światła opraw, mierzoną parametrem L80 dla żywotności minimum 100 000 h,

5)Certyfikatu ENEC, ENEC+, ZHAGA D4i opraw ze wskazaniem jednostki certyfikującej lub równoważnych.

Ponadto Zamawiający udzielił odpowiedzi na inne pytania wykonawców:

1)Pytanie 2: „*Wykonawca prosi o potwierdzenie, że załączone w ramach przedmiotowych środków dowodowych certyfikaty ENEC i ENEC+ mają zawierać informacje takie jak nazwa oprawy, moc, a także temperatura Ta, klasa ochrony przeciwporażeniowej, temperatura barwowa, stopień szczelności IP, ochronności IK potwierdzające spełnienie wymagań zawartych w dokumentacji projektowej*".

Odpowiedź z 16.09.2024 r.: „*Zamawiający potwierdza*".

2)Pytanie 1: „*Zamawiający dnia 17.09.2024 w znaczący sposób zmienił SWZ dodając listę przedmiotowych środków dowodowych. Prosimy o informację czy Zamawiający przewiduje uzupełnienie tych środków dowodowych w sytuacji gdy będą one niekompletne*".

Odpowiedź z 17.09.2024 r.: „*Zgodnie z treścią ogłoszenia o zmianie, oraz SWZ przedmiotowe środki dowodowe składane są z ofertą i nie podlegają uzupełnieniu. Zamawiający wydłużył termin składania ofert aby umożliwić Wykonawcom właściwe przygotowanie oferty*".

Przystępujący Ś. złożył ofertę na obie części przedmiotu zamówienia, do której dołączył m.in.: pierwsze strony certyfikatów ENEC i ENEC+ z informacją na dole: „*Dodatkowe informacje – patrz Załącznik*".

Konsorcjum Voltea złożyło ofertę na obie części przedmiotu zamówienia, do której dołączyło m.in. certyfikaty ENEC i ENEC+ oraz Raport z badań przeprowadzonych przez laboratorium badawcze DEKRA Testing and Certificatior (Shanghai) Ltd. Guangzhou Branch.

W dniu 10.10.2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego Ś. w obu częściach postępowania do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W odpowiedzi Przystępujący złożył m.in. wykaz osób, w którym w kolumnie dotyczącej „wymaganego doświadczenia na przydzielonym stanowisku w celu wykazania spełnienia warunku po uzyskaniu uprawnień", dla każdej z wymienionych wskazał okres zatrudnienia, np. „*zatrudniony powyżej 20 lat*", „*zatrudniony powyżej 10 lat*".

W dniu 22.10.2024 r. Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego Ś. do złożenia wyjaśnień w zakresie zarzutów wynikających z pisma innego wykonawcy, w tym m.in. w zakresie złożenia tylko pierwszych stron certyfikatów ENEC i ENEC+W dniu 28.10.2024 r. Przystępujący Ś. odpowiedział, że Zamawiający nie wymagał złożenia certyfikatów ENEC i ENEC+ wraz z załącznikami.

W dniu 22.10.2024 r. Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał konsorcjum Voltea do złożenia wyjaśnień w zakresie zarzutów wynikających z pisma innego wykonawcy, w tym m.in. w zakresie złożenia Raportu z badań przeprowadzonych przez podmiot spoza Unii Europejskiej. W dniu 25.10.2024 r. konsorcjum Voltea odpowiedziało, że „*badania zostały wykonane przez laboratorium firmy DEKRA. DEKRA to globalna, niemiecka firma z siedzibą w UE, która posiada laboratoria i oddziały na całym świecie. Jej badania uznawane są przez różne instytucje i organizacje, w tym w Europie oraz Polsce. Niezależnie od miejsca wykonania testów i badań, są one przeprowadzane według tych samych procedur i uznawane na całym świecie*".

Pismem z dnia 08.11.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w obu częściach postępowania oferty Przystępującego Ś..

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub

uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:
1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) i pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
2) 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;
5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących treści certyfikatów ENEC i ENEC+ złożonych przez Przystępującego (zarzut nr 1 i 5) w pierwszej kolejności należy zauważyć, że rzeczywiście pierwsze strony tych certyfikatów nie zawierają informacji o wymaganej mocy opraw (35W, 50W, 70W, 100W), temperaturze Ta i temperaturze barwowej, a dodatkowo certyfikat ENEC+ nie zawiera informacji o klasie ochrony przeciwporażeniowej, stopniu szczelności IP i ochronności IK. Nie oznacza to jednak, że Przystępujący nie złożył kompletnego przedmiotowego środka dowodowego lub że jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Po pierwsze, należy zauważyć, że wprawdzie w odpowiedzi z dnia 16.09.2024 r. na pytanie nr 2 Zamawiający potwierdził, że ww. informacje mają być zawarte w ww. certyfikatach, ale z drugiej strony wymieniając żądane przedmiotowe środki dowodowe (odpowiedz na pytanie nr 3) wskazał też, że żąda złożenia karty katalogowej opraw umożliwiającej weryfikację założonych parametrów. Oznacza to, że wymagane przez Zamawiającego parametry opraw mogły być wskazane nie tylko w certyfikatach ENEC i ENEC+, ale także w karcie katalogowej. Przystępujący złożył kartę katalogową, która zawiera wszystkie ww. informacje o wymaganej mocy opraw, temperaturze Ta, temperaturze barwowej, klasie ochrony przeciwporażeniowej, stopniu szczelności IP i ochronności IK. Tym samym złożył wymagany przez Zamawiającego kompletny przedmiotowy środek dowodowy (jeden z dwóch jakie mógł złożyć na potwierdzenie parametrów) zawierający informacje zgodne z opisanymi w warunkach zamówienia.

Po drugie, słusznie zwrócił uwagę Przystępujący na treść certyfikatu ENEC, w którym wskazano, że oprawy oświetleniowe są zgodne z określonymi normami i wskazano raporty z badań, w tym raport B10-3/094/B/22, który także został przez niego załączony do oferty. W raporcie tym zawarte są wszystkie ww. informacje o wymaganej mocy opraw, temperaturze Ta, temperaturze barwowej, klasie ochrony przeciwporażeniowej, stopniu szczelności IP i ochronności IK. W sytuacji, gdy raport ten został wprost wymieniony w certyfikacie ENEC i wraz z nim załączony do oferty, w ocenie Izby można go potraktować jako załącznik do tegoż certyfikatu potwierdzający spełnienie parametrów wymaganych przez Zamawiającego. Powyższe również prowadzi do wniosku, że Przystępujący złożył kompletny przedmiotowy środek dowodowy (kompletny w takim zakresie, jaki był niezbędny do wykazania spełnienia wymaganych parametrów) zawierający informacje zgodne z opisanymi w warunkach zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) i pkt 5 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 dotyczącego złożonego przez Przystępującego wykazu osób, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że wykaz ten nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego okresu doświadczenia osób w nim wymienionych. Należy zwrócić uwagę, że w opisie warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał wykazania, że każda z tych osób posiada 3-letnie doświadczenie, a dodatkowo pod tabelą we wzorze wykazu osób podkreślił, że „*Zamawiający wymaga, aby Wykonawca opisał nabyte doświadczenie osób wymaganych w postępowaniu w taki sposób, żeby było możliwe wyliczenie okresu pełnienia przez te osoby funkcji*". Tymczasem Przystępujący wskazał w wykazie okres zatrudnienia tych osób, co nie jest tożsame z okresem doświadczenia na danym stanowisku, w tym wypadku: kierownika budowy, elektromontera, operatora podnośnika czy kierowcy samochodu dostawczego do 3,5 t. Nie jest bowiem wykluczone (nawet jeśli wydaje się Przystępującemu i Zamawiającemu mało prawdopodobne), że dana osoba mogła być zatrudniona ponad 7, 10 czy 20 lat u danego pracodawcy, ale jednak na innym stanowisku niż wymagane przez Zamawiającego. Stąd też nie można potraktować okresu zatrudnienia jako tożsamego z okresem doświadczenia i na podstawie złożonego wykazu osób przyjąć, że wskazane w nim osoby z pewnością posiadają wymagane 3-letnie doświadczenie na danym stanowisku. Powyższego nie zmienia treść świadectw kwalifikacyjnych ww. osób, świadectw ukończenia określonych szkół czy zdobycia uprawnień budowlanych, ponieważ uzyskanie dokumentów potwierdzających ww. kwalifikacje również nie wyklucza wykonywania pracy na innym stanowisku niż określone w warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Izba uwzględniła zarzut nr 3 i nakazała Zamawiającemu m.in. wezwanie Przystępującego, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia wykazu osób w zakresie okresu ich doświadczenia (a nie zatrudnienia).

Przechodząc do zarzutów nr 4, 6 i 7 dotyczących oferty konsorcjum Voltea, Izba w pierwszej kolejności

podtrzymuje argumentację przedstawioną już w uzasadnieniu dotyczącym zarzutów nr 1 i 5, tj. argumentację dotyczącą tego, że Zamawiający dopuścił wykazanie wymaganych parametrów nie tylko w certyfikatach ENEC i ENEC+, ale także w kartach katalogowych. Konsorcjum Voltea złożyło kartę katalogową, która zawiera informacje o temperaturze Ta w zakresie temperatur minusowych i ochronności IK. W związku z tym nie można stwierdzić, aby konsorcjum Voltea złożyło nieprawidłowy przedmiotowy środek dowodowy i nie wykazało spełniania ww. parametrów, a jego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) i pkt 5 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego Raportu z badań IK i IP złożonego przez konsorcjum Voltea Izba stwierdziła, że z SWZ nie wynikajednoznacznie, że dokument ten musi być wystawiony przez laboratorium znajdujące się na terenie Unii Europejskiej. Sformułowanie: *„Raport z badania IK i IP opraw pochodzący z akredytowanego laboratorium na terenie Unii Europejskiej"* może też oznaczać, że chodzi o laboratorium akredytowane na terenie UE, a nie znajdujące się fizycznie na jej terenie (zarzut zaś dotyczy położenia na terenie UE). Pomijając to, że Zamawiający powinien unikać tak niejednoznacznie sformułowanych wymogów, przede wszystkim należy zauważyć, że złożony przez konsorcjum Voltea raport został wydany przez specjalizujący się w certyfikacji/ rzeczoznawstwie/badaniach koncern DEKRA pochodzący z Niemiec (czyli z UE), na rzecz którego badania wykonują spółki znajdujące się w różnych częściach świata. W świetle zatem niejednoznacznego wymogu sformułowanego przez Zamawiającego, nie można uznać na podstawie samego tylko faktu położenia danego laboratorium DEKRA w Szanghaju, że wydany przezeń raport nie jest prawidłowym przedmiotowym środkiem dowodowym wymaganym przez Zamawiającego. Dlatego Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia oferty konsorcjum Voltea na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) i pkt 5 ustawy Pzp.

Reasumując, Izba uwzględniła zarzut nr 3 i oddaliła pozostałe zarzuty podlegające rozpoznaniu, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Spośród sześciu zarzutów podlegających rozpoznaniu (zarzuty nr 1, 3, 4, 5, 6 i 7) wskazanych w odwołaniu, Izba jeden zarzut uwzględniła (nr 3) i pięć zarzutów oddaliła (nr 1, 4, 5, 6 i 7). Oznacza to, że Zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w części 1/6, a Odwołujący – w części 5/6.

Na koszty postępowania odwoławczego składa się wpis od odwołania w wysokości 15.000 zł i wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600 zł (Zamawiający nie złożył rachunków lub spisu kosztów), co razem daje kwotę 18.600 zł. Tym samym Zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w wysokości 3.100 zł (1/6 z 18.600 zł), a Odwołujący - w wysokości 15.500 zł (5/6 z 18.600 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 18.600 zł (wpis od odwołania + wynagrodzenie pełnomocnika), a powinien ponieść je w wysokości 15.500 zł. Zamawiający nie poniósł dotychczas żadnych kosztów, a powinien ponieść je w wysokości 3.100 zł.

Wobec powyższego zasadny jest zwrot kosztów od Zamawiającego na rzecz Odwołującego w wysokości 3.100 zł, co skutkować będzie poniesieniem kosztów przez każdą ze Stron w wysokości adekwatnej do wyniku postępowania odwoławczego (18.600 – 15.500 = 3.100).

Jednocześnie Izba w kosztach postępowania odwoławczego nie uwzględniła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Przystępującego Ś. (mimo złożonej faktury), gdyż zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 2 i 3, § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 3 ww. rozporządzenia, bez względu na sposób rozstrzygnięcia odwołania przez Izbę (oddalenie lub uwzględnienie w całości lub w części) koszty uczestnika postępowania odwoławczego są uwzględniane wyłącznie w sytuacji, gdy uczestnik ten wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości lub w części przez zamawiającego. W niniejszej sprawie Zamawiający uwzględnił odwołanie w części dotyczącej zarzutu nr 2, ale Przystępujący nie wniósł w tym zakresie sprzeciwu. Zatem postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 podlegało umorzeniu, a koszty Przystępującego jako uczestnika postępowania odwoławczego nie są brane pod uwagę w kosztach zasądzanych przez Izbę stosownie do wyniku tego postępowania.

Przewodnicząca ...……..