

Sygn. akt: KIO 3933/24

WYROK

Warszawa, dnia 19 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2024 r. przez wykonawcę Enled Projekt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Mińsku Mazowieckim, przy ul. Kościelnej 50 (05-300 Mińsk Mazowiecki) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Żółkiewka, ul. Hetmana Żółkiewskiego 2 (22-335 Żółkiewka)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Linter Energia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, przy ul. Tadeusza Boya-Żeleńskiego 23 (35-105 Rzeszów)

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oferty wykonawcy Linter Energia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie;

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Żółkiewka i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Enled Projekt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Mińsku Mazowieckim tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Enled Projekt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Mińsku Mazowieckim tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Gminę Żółkiewka tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Żółkiewka na rzecz wykonawcy Enled Projekt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Mińsku Mazowieckim kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawcę Enled Projekt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Mińsku Mazowieckim.

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 3933/24

Uzasadnienie

Gmina Żółkiewka (zwana dalej: „zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Zwiększenie efektywności energetycznej w Gminie Żółkiewka poprzez modernizację i poprawę jakości oświetlenia ulicznego” - numer referencyjny GKR.271.2.2024 (zwane dalej: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2024/BZP 00488564z dnia 06.09.2024 r.

Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), (zwanej dalej: „Pzp” lub „ustawa Pzp”).

W dniu 23.10.2024 r. wykonawca Enled Projekt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Mińsku Mazowieckim (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy LINTER ENERGIA Sp. z o.o. mimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ, tj.: zaoferowania oprav i poszczególnych elementów systemu sterowania oświetleniem drogowym niezgodnym w wymaganiach zamawiającego opisanymi w SWZ,

2. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez uznanie urządzeń (opraw, elementów systemu sterowania oświetleniem drogowym) oferowanych przez LINTER ENERGIA Sp. z o.o., jako spełniających wymagania określone w SWZ, co prowadzi do zmiany opisu przedmiotu zamówienia wobec ujawnianego na etapie składania ofert, nieporównywalności ofert, a tym samym wyboru oferty niezgodnie z przepisami Pzp, w tym art. 16 pkt 1), 2) i 3)

Pzp, a także innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

W oparciu o podniesione zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2.odrzucenia oferty LINTER ENERGIA Sp. z o.o., z uwagi na jej niezgodność z treścią SWZ;
- 3.dokonania ponownej oceny i badania ofert.

Ponadto odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania lub przedłożonych w toku postępowania przed Izłą oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji wśród ofert niepodlegających odrzuceniu w postępowaniu. Oferta LINTER ENERGIA Sp. z o.o. została sklasyfikowana na pierwszej pozycji. Na skutek dokonanych niezgodnie z prawem czynności zamawiającego, odwołujący, który złożył prawidłową ofertę, został tym samym pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą (zwanej dalej również: „KIO”) zasadności niniejszego odwołania, a następnie po dokonaniu przez zamawiającego żądanych czynności, odwołujący ma realną szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia. Niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez odwołującego. Szkada ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania odwołujący wskazał, że zgodnie z dyspozycją art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp oferta podlega odrzuceniu w przypadku, gdy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp przez „warunki zamówienia” należy rozumieć 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. Następnie odwołujący podkreślił, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 28.02.2023 r., sygn. akt KIO 398/23, LEX nr 3510643: *do wymogów postawionych przez zamawiającego należy porównywać treść złożonych przez wykonawców ofert. Chodzi przy tym o merytoryczne wymagania, w tym co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, które są istotne dla wykonania zamówienia w stopniu zaspokajającym opisane przez zamawiającego oczekiwania oraz o merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia. Z tych względów dla zastosowania tego przepisu powinno być możliwe wykazanie, jaki merytoryczny element oferty jest niezgodny z opisanymi przez zamawiającego wymaganiami i na czym ta niezgodność polega”.*

Następnie odwołując podkreślił, że treścią oferty jest w szczególności oznaczenie i wskazanie przez wykonawcę oferowanych urządzeń oraz ich parametry. W wyroku z dnia 20.03.2017 r., KIO sygn. akt 399/17; KIO sygn. akt 438/17; KIO sygn. akt 439/17, LEX 2261048, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że: *W znaczeniu nadanym art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. [aktualnie art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p.] jako «inne omyłki» należy rozumieć niezgodności wymagań zawartych w SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Tymczasem wskazanie przez odwołującego modelu i nazwy oferowanego procesora było dla zamawiającego kwestią podstawową i najistotniejszą. Bez podania właśnie tych elementów oferta była dla zamawiającego praktycznie bezwartościowa i uniemożliwiała przejście do kolejnego etapu postępowania tj. ewentualnego wyjaśnienia dotyczącego treści oferty. Mając powyższe na uwadze nie można zgodzić się z tezą odwołującego, że możliwe było poprawienie oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. [aktualnie art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p.], poprzez wprowadzenie do oferty modelu i nazwy procesora, gdyż wiązałoby się to z niezwykle istotną zmianą oferty. Oznaczenie i wskazanie oferowanych urządzeń stanowi niewątpliwie treść oferty wykonawcy (taki też był określony w SIWZ charakter dokumentu opisu przedmiotu zamówienia wymaganego wraz z ofertą), i to jej istotny element – essentialia negotii – definiujący przedmiot składanej oferty i, późniejszej dostawy.”*

Jak wskazał odwołujący, zgodnie z powyższym, wskazanie konkretnych produktów, ich cech i parametrów, należy uznać jako kluczowy element oferty, przy czym Zamawiający precyzyjnie określił swoje wymagania w dokumentach postępowania. Zamawiający w Projekcie Wykonawczym w zał. 2024.09.06_Zał. nr 1 do SWZ zawarł jednoznaczne wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia dla oprav i systemu sterowania.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący odniósł się do wymagań dotyczących posiadania certyfikacji TALQ dla CMS. Wskazał, iż w opisie technicznym pkt 2 w ppkt 2.2 jest zamieszczony „Opis systemu sterowania oświetleniem drogowym”, gdzie znajduje się m.in. wymaganie by wszystkie elementy oferowanego systemu sterowania tj. CMS oraz Gateway były zgodne z certyfikacją TALQ, lista certyfikowanych funkcji dostępna na oficjalnej stronie Konsorcjum TALQ: <https://www.talq-consortium.org/>.

Odwołujący następnie wyjaśnił, że CMS to oprogramowania nadzorujące pracę sterowników i dające użytkownikowi

możliwość kontrolowania ich stanu za pośrednictwem Interfejsu Użytkownika - (wysyłanie poleceń do sterowników) oraz otrzymujące od nich dane (pomiar, alerty itp.). CMS może posiadać Certyfikacja TALQ, potwierdza że CMS posiada zgodność z założeniami uniwersalności oraz potencjalnej integralności systemu z innymi urządzeniami.

Odwolujący wskazał również na odpowiedź udzieloną przez zamawiającego w dniu 24.09.2024 r na pytanie zadane przez wykonawcę dotyczące wyjaśnienia SWZ o treści: „Proszę o informację czy system sterowania jest przedmiotem zamówienia. W przedmiarze oraz SWZ nic na ten temat nie jest napisane”. Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Opis systemu sterowania oświetleniem drogowym zawarty jest w Projekcie Wykonawczym, który wraz z przedmiarem i Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót są załącznikiem do SWZ” a tym samym zdaniem odwołującego zamawiający potwierdził, że wymagania wskazane w dokumentacji postępowania dla systemu sterowania stanowią element SWZ i tym samym są wiążące dla wykonawców.

Oferta wykonawcy LINTER ENERGIA Sp. z o.o., obejmująca system MOONS', według odwołującego nie spełnia tych wymogów w zakresie zaoferowanego produktu, w odniesieniu do ww. wymagań, a zamawiający zaniechał dokonania ich weryfikacji w oparciu o narzędzia, które sam narzucił w treści SWZ. Odwołujący wskazał, ponadto, iż po weryfikacji systemu firmy MOONS' na stronie wskazanej przez zamawiającego wynika, że system MOONS' nie posiada TALQ dla CMS, posiada wyłącznie dla urządzeń dla Gateway. Na dowód czego odwołujący przedstawił w treści uzasadnienia odwołania zrzut ekranu listy certyfikowanych produktów z strony <https://www.talq-consortium.org/certified-products.html>:

Podsumowując, odwołujący podkreślił, że system MOONS' nie spełnia wszystkich wymagań określonych w Projekcie Wykonawczym. Tym samym oferta LINTER ENERGIA Sp. z o.o. jest niezgodna z SWZ, a to oznacza niezgodność z warunkami zamówienia, powodując obowiązek odrzucenia tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) Pzp.

W następnej kolejności odwołujący odniósł się do wymagań dotyczących posiadania określonych sterowników wskazując, że kolejna niezgodność zaoferowanych produktów z określonymi w SWZ warunkami dotyczy sterowników systemu sterowania. Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymaganiami Projektu Wykonawczego (dalsze wymagania dot. Opisu systemu sterowania oświetleniem drogowym z pkt. 2.2.) oferowane urządzenia miały zapewniać:

Jak podkreślił odwołujący, oferowany sterownik musi zatem posiadać certyfikat Zhaga-D4i, publikowany na oficjalnej stronie ZHAGA. Tymczasem zdaniem odwołującego, oferując sterownik, który nie posiada certyfikatu Zhaga-D4i, LINTER ENERGIA Sp. z o.o. zaproponował obok tego sterownika sensory ruchu dołączając dla nich certyfikat Zhaga-D4i. Oferowany przez LINTER ENERGIA Sp. z o.o. produkt: 'LUMAWISE MOTION PROGRAMMABLE' lub według tłumaczenia na j. polski wykonanego przez wykonawcę 'RUCH LUMAWISE PROGRAMOWALNY', nie jest bowiem sterownikiem tylko czujnikiem (sensorem) ruchu. Według odwołującego wynika to też wprost z przetłumaczonej przez wykonawcę karty katalogowej.

Jak zauważył odwołujący, czujniki ruchu nie są sterownikiem/sterownikami systemu (co już jest niezgodnie z wymaganiami SWZ), nie ma możliwości komunikacji i realizowanie wymaganego zdalnego nadzoru przez sieć internetową z poziomu przeglądarki internetowej oraz nie spełniają wszystkich wymagań określonych przez zamawiającego w Projekcie Wykonawczym. Zamawiający wymagał dostarczenia opraw wraz z sterownikami do zdalnego zarządzania, a nie opraw z czujnikami ruchu.

Odwolujący następnie przedstawił różnicę pomiędzy sterownikiem systemu oświetleniowego, a czujnikiem przedstawiając wizualizację i opis. Odwołujący wskazał, iż indywidualny sterownik oprawy oświetleniowej – urządzenie kontrolujące pracę oprawy oświetleniowej, montowane w ustandaryzowanym gnieździe Zhaga Book18, zapewnia możliwość zdalnego monitorowania oraz kontrolowania stanu pracy oprawy, np.: zmiana poziomu świecenia (redukcja mocy), odczyt parametrów (napięcie, moc, prąd, alerty itd.). Sterownik łączy się z systemem bezprzewodowo za pośrednictwem sieci komórkowej. Jak podkreślił odwołujący wymagania zawarte w Projekcie wykonawczym w zał. 2024.09.06_Zał. nr 1 do SWZ dotyczą takiego właśnie urządzenia (sterownika). Sterownik musi przy tym posiadać m.in. certyfikat ZHAGA – D4i, opublikowany na oficjalnej stronie ZHAGA. Wykonawca LINTER ENERGIA Sp. z o.o. nie posiada dla swojego urządzenia takiego certyfikatu. Dalej odwołujący wskazał, że czujnik ruchu, to opcjonalne urządzenie montowane w dolnym gnieździe Zhaga. Wykrywa ruch i przesyła taką informację do sterownika, który może na tej podstawie zmienić poziom świecenia. Czujnik nie jest konieczny do działania sterownika, jego zastosowanie jest opcjonalne i wymaga wyposażenia oprawy w dodatkowe gniazdo. Zdaniem odwołującego w związku z brakiem certyfikatu ZHAGA – D4i dla sterownika urządzenia nr 1, wykonawca LINTER ENERGIA Sp. z o.o. dołożył dodatkowo urządzenie (czujnik ruchu) realizujące zupełnie inną funkcjonalność niż urządzenie nr 1. Według odwołującego czujnik został dołożony, ponieważ posiada wymagany certyfikat ZHAGA – D4i. Jest to próba wprowadzenia w błąd zamawiającego. Zamawiający określił wymagania dla sterownika oprawy oświetleniowej, a nie dla czujników. Co więcej, jak podkreślił odwołujący, zamawiający nie wymagał tego rodzaju czujników w oprawach.

Podsumowując, jak wskazał odwołujący, oferowany przez wykonawcę LINTER ENERGIA Sp. z o.o. system

MOONS', po pierwsze nie spełnia wymogów dotyczących CMS tj. nie posiada certyfikacji TALQ wymaganej przez zamawiającego, po drugie zaś, produkt ten nie spełnia wymagań dla sterowników systemu sterowania, w szczególności system ten nie posiada certyfikacji Zhaga-D4i dla sterownika systemu MOONS'. Wykonawca powołuje się w tym zakresie na certyfikat dla czujnika ruchu oświetleniem, pomijając informację na temat używanych przez nich sterowników systemu. Odwołujący podkreślił również, że czujnik ruchu nie był wymagany w postępowaniu i nie zastępuje on wymaganego sterownika systemu, dla którego zostały określone wymagania w Projekcie Wykonawczym.

Zdaniem odwołującego uznanie przez zamawiającego oferowanych przez LINTER ENERGIA Sp. z o.o., urządzeń jako spełniających wymagania określone w SWZ, prowadzi do zmiany opisu przedmiotu zamówienia wobec ujawnianego na etapie składania ofert. Gdyby wykonawcy ofertujący w postępowaniu znali zmienione w toku oceny oferty LINTER ENERGIA Sp. z o.o., wymagania mogli by zaproponować rozwiązania tańsze, a tym samym miałyby to wpływ na wynik postępowania.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Linter Energia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, (zwany dalej: „przystępującym”).

W dniu 13.11.2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego. Zamawiający przedstawił argumentację na poparcie swojego stanowiska.

W tym samym dniu tj. 13.11.2024 r. przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o:

- 1) dokonanie zwrotu odwołania z uwagi na możliwe niezachowanie warunków formalnych, tj. fakt wniesienie odwołania bez opatrzenia go ważnym podpisem, zgodnie z art. 508 ust.1 Pzp, ewentualnie
- 2) w przypadku braku uwzględnienia zarzutów przystępującego uzasadniających odrzucenie odwołania wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Następnie przystępujący przedstawił argumentację na poparcie swoich wniosków.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego wskazującego na dokonanie zwrotu odwołania z uwagi na niezachowanie warunków formalnych, tj. faktu wniesienie odwołania bez opatrzenia go ważnym podpisem, zgodnie z art. 508 ust.1 Pzp. Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawierało braków formalnych, a tym samym zostało opatrzone właściwym podpisem przez pełnomocnika zgodnie z udzielonym mu pełnomocnictwem. Dlatego też, wniosek przysypującego w tym zakresie nie zasługiwał na uwzględnienie.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia Linter Energia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie do postępowania odwoławczego, nie zgłosiły również opozycji. Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawcę Linter Energia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z: dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego złożonego przez przystępującego i dowodów nr 1-3 złożonych na rozprawie przez odwołującego.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Zwiększenie efektywności energetycznej w Gminie Żółkiewka poprzez modernizację i poprawę jakości oświetlenia ulicznego”.

Załączniku nr 1 do SWZ – Dokumentacja projektowa w tym przedmiary – zawierał w sobie Projekt wykonawczy. W punkcie 2 pkt 2.2 projektu wykonawczego zamawiający zawarł wymagania dotyczące parametrów technicznych i elektrycznych opraw oświetlenia drogowego. W zawartym opisie systemu sterowania oświetleniem drogowym, zamawiający wymagał, aby:

Zamawiającego w dniu 24.09.2024 r na pytanie zadane przez wykonawcę dotyczące wyjaśnienia SWZ o treści: „Proszę o informację czy system sterowania jest przedmiotem zamówienia. W przedmiarze oraz SWZ nic na ten temat nie jest napisane”, udzielił odpowiedzi: „Opis systemu sterowania oświetleniem drogowym zawarty jest w Projekcie Wykonawczym, który wraz z przedmiarem i Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót są załącznikiem do SWZ”.

W dniu 18.10.2024 r. przystępujący w odpowiedzi na dwa wezwania zamawiającego z dnia 18.10.2024 r. dotyczące wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych po pierwsze wskazał:

„Komunikacja w systemie odbywa się bez dodatkowych urządzeń, z wykorzystaniem sieci GSM. Moduł oznaczony jako CONTROL DEVICE na str. 3 karty lumawise-motion jest wyposażony w kartę SIM do sieci komórkowej. Wszystkie koszty związane z dostępem do sieci i jej użytkowaniem są już wliczone w naszą ofertę i nie wymagają dodatkowych opłat ze strony użytkownika.

Bezpośrednia komunikacja sterowników lub grupy sterowników z serwerem odbywa się bez użycia dodatkowych urządzeń pośredniczących, takich jak bramy bezprzewodowe RF-Mesh.

System MOONS' został przedstawiony w dokumentacji, ponieważ posiada możliwość konfiguracji zarówno z użyciem bramek, jak i bez nich. W przypadku przedmiotowego postępowania, przewidujemy wykorzystanie rozwiązania bez bramek, zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Odnosnie certyfikatu Zhaga-D4i, pragniemy poinformować, że nasz kontroler posiada odpowiedni certyfikat, który jest publikowany na oficjalnej stronie Zhaga. Jeśli zamawiający wymaga dodatkowego potwierdzenia, jesteśmy gotowi je dostarczyć.”

Następnie wskazał, że:

„1. Odnosnie kart SIM i kosztów związanych z dostępem do sieci:

Wszystkie koszty związane z funkcjonowaniem systemu, w tym koszty związane z kartami GSM oraz dostępem do sieci i jej użytkowaniem, zostały skalkulowane i uwzględnione w naszej ofercie dla całego okresu gwarancji, tj. 60 miesięcy (5 lat). Oznacza to, że przez cały ten okres Zamawiający nie będzie ponosił żadnych dodatkowych opłat związanych z użytkowaniem systemu i kart SIM.

2. Odnosnie certyfikatu Zhaga-D4i dla kontrolera:

W załączeniu do niniejszej odpowiedzi przekazujemy certyfikat Zhaga-D4i dla oferowanego przez nas kontrolera. Dokument ten potwierdza, że nasz kontroler posiada wymagany certyfikat Zhaga-D4i, spełniając tym samym określone w specyfikacji wymagania.”

W postępowaniu wpłynęło 9 ofert, w tym oferta odwołującego i przystępującego. W dniu 18.10.2024 r. zamawiający w zawiadomieniu o wyniku postępowania poinformował, że za najkorzystniejszą ofertę uznał ofertę przystępującego. W uzasadnieniu wyboru wskazał, iż wykonawca spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza pod względem przyjętych w Specyfikacji Warunków Zamówienia kryteriów oceny ofert. Izba zważyła co następuje.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę oraz odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, Izba uznała, że odwołanie w całości zasługiwało na uwzględnienie. Wobec takiej decyzji, Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty przystępującego.

W ramach ogólnych rozważań, należałoby wskazać, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy jest możliwość wykazania, że oferta złożona przez wykonawcę zawiera rozbieżności i jest niezgodna z konkretnymi postanowieniami dokumentacji zamówienia, istniejącej na dzień upływu terminu składania ofert. Należy również mieć na uwadze, że podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości, a specyfikacja warunków zamówienia, zawierająca m.in. opis przedmiotu zamówienia oraz opis spełnienia postawionych przez zamawiającego wymogów nie może być zmieniana po terminie składania ofert.

Dostrzeżenia również wymaga, iż zamawiający posiada takie uprawnienie nadane mu przez ustawodawcę, aby odrzucić ofertę. Jednakże aby móc to uczynić, w pierwszej kolejności zobowiązany jest przeprowadzić porównanie treści złożonej oferty do wszystkich warunków zamówienia, które określił zamawiający, mając na uwadze cel zamówienia. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20, wyrok z dnia 31

stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20).

W analizowanej sprawie rozstrzygnięcia wymagało, czy zamawiający zasadnie uznał, iż oferta przystępującego jest zgodna z warunkami zamówienia, czy jednak powinna ona podlegać odrzuceniu jako niespełniająca warunków zamówienia z powodów podanych przez odwołującego w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu 1 w zakresie wymagania dotyczącego posiadania certyfikacji TALQ dla CMS, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż zamawiający w Projekcie wykonawczym, który stanowił część załącznik nr 1 do SWZ, a tym samym stanowił on opis wymagań, których zamawiający oczekiwał w zakresie zaoferowanych przez wykonawcę produktów, zawarł w punkcie 2 ppkt 2.2 wymagania dotyczące parametrów technicznych i elektrycznych opraw oświetlenia drogowego, jak również zawarł opis systemu sterowania oświetleniem drogowym. Zamawiający wskazał, że „system sterowania musi spełniać otwarte niezastrzeżone protokoły i standardy, w tym szczególnie (...) - interfejs API zgodnie z protokołem TALQ lub równoważnym pod warunkiem wskazania programu i procedury certyfikacji”. Następnie zamawiający określając podstawowe parametry sterowania oświetleniem drogowym wskazał, że:”

Zamawiający dodatkowo wskazał adres oficjalnej strony internetowej Konsorcjum TALQ, na której znajduje się lista certyfikowanych funkcji. Z tak uregulowanych wymagań jasno wynika, czego zamawiający oczekiwał od wykonawcy składającego ofertę. Interfejs API ma być zgodnie z protokołem TALQ lub równoważnym pod warunkiem wskazania programu i procedury certyfikacji. Zarówno odwołujący jak i przystępujący opierali się na protokole TALQ. Następnie zamawiający wymagał tego, aby wszystkie elementy systemu sterowania tj. CMS oraz Gateway, które zaproponuje wykonawca, muszą być zgodne z certyfikacją TALQ. Odwołujący w odwołaniu wskazał, iż system sterowania oświetleniem zaoferowany przez przystępującego tj. system MOONS'po weryfikacji na stronie wskazanej przez zamawiającego pokazuje, iż system ten nie posiada certyfikacji TALQ dla CMS, a posiada tylko dla Gateway. Na dowód tego odwołujący wskazał w odwołaniu, zrzut z ekranu listy certyfikowanych produktów ze wskazanej strony internetowej w języku angielskim, w uzupełnieniu czego na rozprawie odwołujący jako dowód 3 przedstawiał tłumaczenie na język polski.

W odpowiedzi na odwołanie, co również zostało wskazane na rozprawie, zamawiający podał, iż system MOONS' posiada certyfikację TALQ dla urządzeń Wireless Gateway. Zamawiający oparł swoje stanowisko na wyjaśnieniach przystępującego z dnia 17.10.2024 r. i 18.10.2024 r., który wyjaśnił, iż: „system MOONS' posiada możliwość konfiguracji zarówno z użyciem bramek jak i bez nich”. Przystępujący następnie wskazał także, że dla zamawiającego przystępujący przewidział wykorzystanie rozwiązania „bez bramek”, to tym samym zamawiający uznał ze skoro przystępujący zastosuje do komunikacji system sterowania Wireless Gateway to będzie to rozwiązanie zgodne z wymaganiami zawartymi w Projekcie wykonawczym.

Izba doszła do przekonania, iż działanie zamawiającego było nieprawidłowe poprzez uznanie, iż skoro przystępujący zastosuje do komunikacji sterowania system Gateway to będzie to rozwiązanie zgodne z wymaganiami zawartymi w Projekcie wykonawczym. Zamawiający dokonując oceny ofert nie powinien tracić z pola widzenia warunków postępowania, które sam określił. Skoro zamawiający określił, iż elementy oferowanego systemu sterowania tj CMS oraz Gateway muszą być zgodne z certyfikacją TALQ to warunek ten musi być spełniony, aby można było uznać ofertę za zgodną z SWZ. Tym bardziej, że zamawiający sam nawet podał, że lista certyfikowanych funkcji jest dostępna na oficjalnej stronie konsorcjum TALQ. Co istotne warto w tym miejscu wskazać, dokonując wykładni językowej, iż spójnik „oraz” ma takie samo znaczenie i pełni taką samą funkcję jak spójnik „i” dlatego należało przyjąć, iż spójnik oraz oznacza że certyfikacją TALQ musi być spełniona dla systemu sterowania CMS jak i Gateway. (por. wyrok NSA z dnia 06.04.2006 r. II FSK 542/05). Tym samym jak już wyżej wskazano należało uznać za chybioną argumentację zamawiającego, że skoro przystępujący w tym postępowaniu będzie wykorzystywał tylko jeden system jakim jest Gateway, tym samym obowiązek certyfikacji dotyczyć ma tylko tego systemu, a co za tym idzie oferta przystępującego jest zgodna z wymaganiami zawartymi w Projekcie wykonawczym. Ma to też o tyle istotne znaczenie, że oferty złożone w postępowaniu muszą być porównywalne. Nie jest możliwy wybór oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy złożone oferty nie dają się obiektywnie porównać. Naruszałoby to zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba nie może równie zgodzić się z argumentacją przystępującego wskazującą na to, iż odwołujący formułując zarzuty pomija kluczowe aspekty techniczne, a skupia się na formalnym posiadaniu certyfikacji pomijając dokumentację techniczną potwierdzającą implementację wymaganych protokołów. Przystępujący wskazał, iż wycinek karty katalogowej systemu MOONS', gdzie jest wskazane, iż wszystkie elementy oferowanego systemu sterowania CMS I Gateway są zgodne z certyfikacją TALQ, potwierdza tym samym wymóg zamawiającego. Jednakże weryfikacja dokonana, przez wskazaną przez zamawiającego stronę internetową temu przeczy, na co dowód przedstawił odwołujący. Odwołujący dodatkowo na rozprawie złożył dowód nr 2 na okoliczność, że istnieją rozwiązania, które spełnią jednocześnie wymagania certyfikacji TALQ dla systemu CMS I Gateway.

Odwołujący w ramach zarzutu 1 również podniósł, to iż oferta przystępującego w zakresie zaoferowanych produktów dotyczących sterowników systemu sterowania jest niezgodna z warunki SWZ. Zamawiający ponownie w Projekcie wykonawczym w podstawowych parametrach sterowania oświetleniem drogowym zawarł szereg wymogów i funkcjonalności dotyczący sterownika, a jednym z nich był wymóg, że sterownik musi posiadać certyfikat Zhaga D4i publikowany na oficjalnej stronie ZHAGA. Odwołujący podniósł, iż przystępujący zaoferował sterownik, który nie posiada wymaganego certyfikatu Zhaga, jednakże dołączył do zaoferowanej oprawy sensor ruchu, który taki certyfikat posiada. Co podkreślił odwołujący, jak również potwierdził to zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, zamawiający nie wymagał takiego sensoru ruchu.

Zamawiający wskazał, iż przystępujący zaoferował oprawy gdzie gniazdo górne przystosowane jest do montażu sterownika, a gniazdo dolne przeznaczone jest do montażu czujnika ruchu. Zamawiający na tej podstawie stwierdził, iż oferowane oprawy z tak zastosowanymi sterownikami są zgodne z wymaganiami zamawiającego zawartymi w SWZ i wypełnia łącznie wszystkie funkcjonalności które wymagał zamawiający, a tym samym oferta przystępującego jest zgodna z warunkami SWZ. Izba nie może się zgodzić z taką argumentacją zamawiającego, że skoro przystępujący zaoferował dodatkowy element oprawy, który posiada wymagany przez zamawiającego certyfikat (urządzenie to nie było wymagane postanowieniami SWZ), a który wraz z wymaganym przez zamawiającego sterownikiem (bez wymaganego certyfikatu) spełniania funkcjonalności opisane w Projekcie wykonawczym, to należy uznać ofertę za zgodną z warunkami SWZ. Tutaj również należy mieć na uwadze uregulowane warunki przez zamawiającego w SWZ, które są obowiązujące dla wszystkich wykonawców. Zamawiający wyraźnie wskazał, iż sterownik (dla którego ponadto zamawiający wskazał szereg funkcjonalności) musi posiadać certyfikat Zhaga, dlatego też nie można uznać, iż warunek ten został spełniony przez przystępującego, który zaoferował zamawiającemu inne dodatkowe urządzenie objęte certyfikatem wymaganym przez zamawiającego, ponieważ i tak urządzenie, które było wymagane przez zamawiającego takiego certyfikatu nadal nie posiada.

Izba nie podzielił, też argumentacji przedstawionej przez przystępującego na rozprawie, wskazującej na to, iż zaoferowane przez niego dodatkowe urządzenie posiadające wymagany przez zamawiającego certyfikat przejmuje wszystkie funkcjonalności wskazane przez zamawiającego w Projekcie wykonawczym dla sterownika. Potwierdzeniem tego zdaniem przystępującego miałyby być karta katalogowa kontrolera Lumawise (TE connectivitt – tłumaczenie przedstawione przez przystępującego Ruch Lumawise Programowalny czujnik ruchu oświetlenia ulicznego), której wycinek przystępujący przywołał w piśmie procesowym z dnia 12.11.2024 r w Rysunku 4. (wycinek karty katalogowej kontrolera Lumawise zaproponowanego przez przystępującego). Zdaniem Izby przywołana Karta katalogowa, nie potwierdza twierdzeń przystępującego. Po pierwsze cały literalny opis wskazuje na to, iż wskazane urządzenie jest „programowalnym czujnikiem ruchu (...) umożliwiającym oszczędzanie energii poprzez przyciemnianie oprawy, przy jednoczesnym zachowaniu możliwości reagowania na ruch i przełączania oprawy na pełną jasność ze względów bezpieczeństwa, (...)”. Jednakże przede wszystkim po lekturze Karty katalogowej próżno w niej szukać funkcjonalności, których wymagał zamawiający w Projekcie wykonawczym. Przystępujący nie przedstawił, w tym zakresie innego dowodu, który mogły ewentualnie potwierdzić jego argumentację, dlatego też należało uznać tą argumentację za gołosłowną nie znajdującą odzwierciedla w zebranych materiale dowodowym.

Dostrzeżenia wymaga również, że treść złożonych przez przystępującego wyjaśnień z dnia 18.10.2024 r. będących odpowiedzią na wezwanie zamawiającego z tego samego dnia dotyczących wyjaśnienia złożonych PŚD nie potwierdza jednoznacznie powyższego. Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał: (...)*„Komunikacja w systemie odbywa się bez dodatkowych urządzeń, z wykorzystaniem sieci GSM. Moduł oznaczony jako CONTROL DEVICE na str. 3 kart lumawise-motion jest wyposażony w kartę SIM do sieci komórkowej (...)Odnosnie certyfikatu Zhaga-D4i, pragniemy poinformować, że nasz kontroler posiada odpowiedni certyfikat, który jest publikowany na oficjalnej stronie Zhaga. (...)”*. Izba wyraża pogląd, iż na tej podstawie, jak również mając na uwadze treść Karty katalogowej i schemat zawarty na str. 3 tejsze karty, nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem przystępującego prezentowanym na rozprawie, iż zaproponowane przez niego urządzenie przejmuje wszystkie funkcje wymagane przez zamawiającego określone dla sterownika w Projekcie wykonawczym i tylko to urządzenie zostanie zamontowane na oprawie jako posiadające wymagany przez zamawiającego certyfikat Zhaga – D4i. Wskazać należy również, iż cała karta katalogowa została przetłumaczona na język polski oprócz schematu wskazanego na str. 3 który jest w wersji anglojęzycznej.

Konkludując, w ocenie składu orzekającego odwołujący udowodnił, że złożona przez przystępującego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ciężar dowodu spoczywał w tym zakresie na odwołującym, który z podnoszonych okoliczności faktycznych wywodził skutki prawne. W ocenie Izby, odwołujący udźwignął ten ciężar i wykazał jakie elementy oferty były niezgodne z warunkami zamówienia wraz z określeniem na czym te niezgodności polegały.

Izba również uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 17 ust. 2 w tym sensie, iż skoro zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów prawa zamówień publicznych, ponieważ oferta przystępującego była niezgodna z warunkami zamawianego określonymi w SWZ to tym samym należało uznać, iż zamawiający naruszył również art. 17 ust. 2, który mówi o tym, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, co odzwierciedla punkt 1 sentencji niniejszego orzeczenia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w związku z § 5 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodnicząca: