Sygn. akt: KIO 949/24

WYROK

Warszawa, dnia 9 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:**Marek Bienias**

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2024 r. przez wykonawcę **Ada-Light sp. z o.o. z siedzibą w Budach Kozickich**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Słupno,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu a), b), e) i nakazuje Zamawiającemu:
   a) dokonanie modyfikacji sekcji IV pkt 4.2.2) ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu, rozdziału IV pkt 1 SWZ oraz pkt 1 i pkt 2 tiret 13 OPZ poprzez dodanie wyrazów „lub równoważne" w stosunku do opisu, iż oprawa oświetlenia musi posiadać łącznie certyfikaty: ENEC, ENEC+, ZD4i.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego w części 2/5 i Zamawiającego w części 3/5 i:
   3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Ada-Light sp. z o.o. z siedzibą w Budach Kozickich tytułem wpisu od odwołania.
   3.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 6 720 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy siedemset dwadzieścia złotych zero groszy).

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.

Przewodniczący:……..……..

Sygn. akt: KIO 949/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Słupno – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja istniejącego na terenie gminy oświetlenia ulicznego stanowiącego własność Gminy Słupno", Numer referencyjny postępowania: SZP.271.1.4.2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem:2024/BZP 00247804/01 z dnia 17.03.2024 r.

W dniu 22 marca 2024 r. wykonawca Ada-Light sp. z o.o. z siedzibą w Budach Kozickich wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, dotyczących:

a) zaniechaniu użycia wyrazów „lub równoważne" w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia oraz opisie przedmiotu zamówienia w zakresie wymogu posiadania przez oprawy oświetleniowe łącznie certyfikatów ENEC, ENEC+, ZD4i,

b) umieszczeniu w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia oraz opisie przedmiotu zamówienia wymogu posiadania przez oprawy oświetleniowe łącznie certyfikatów ENEC, ENEC+, ZD4i, tj. certyfikatów wydanych przez jednostkę (podmiot) inny niż jednostka oceniająca zgodność w rozumieniu art. 105 ust. 2 PZP.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

a) art. 99 ust. 4 i 5 PZP poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie oznaczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia i opisie przedmiotu zamówienia wyrazami „lub równoważne" w stosunku do wymogu łącznego posiadania certyfikatów ENEC, ENEC+, ZD4i przez oprawy oświetleniowe, a przez to utrudniające uczciwą konkurencję poprzez uniemożliwienie złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu wykonawcom oferującym oprawy oświetleniowe nie posiadające certyfikatów ENEC, ENEC+, ZD4i, lecz posiadające certyfikaty wydane przez jednostkę oceniającą zgodność w rozumieniu art. 105 ust. 2 PZP,

b) art. 101 ust. 4 PZP poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie oznaczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia i opisie przedmiotu zamówienia wyrazami „lub równoważne" w stosunku do wymogu łącznego

posiadania certyfikatów ENEC, ENEC+, ZD4i przez oprawy oświetleniowe,

c)art. 105 ust. 1 i 2 PZP poprzez wprowadzenie wymogu posiadania przez oprawy oświetleniowe łącznie certyfikatów ENEC, ENEC+, ZD4i, które nie są wydawane (nadawane) przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz.Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30), lecz stanowią nazwy własne lub znaki handlowe lub znaki towarowe certyfikatów nadawanych przez podmioty będące sygnatariuszami porozumienia ETICS (European Testing Inspection Certification System) – dla certyfikatu ENEC i ENEC+ ora porozumienia podmiotów: Zhaga Consortium oraz DALI Alliance – dla certyfikatu ZD4i,

d)art. 105 ust. 1 PZP poprzez błędne uznanie, że certyfikaty ENEC, ENEC+ i ZD4i są certyfikatami wydawanymi przez jednostkę oceniającą zgodność w rozumieniu, o którym mowa w art. 105 ust. 2 PZP, podczas gdy w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność, o której mowa w art. 105 ust. 2 PZP, a nie certyfikatu wydanego przez inny niż jednostka oceniająca zgodność podmiot trzeci, do którego nie stosuje się wymogów rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz.Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30),

e) art. 16 pkt 1 PZP poprzez oznaczenie w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia i opisie przedmiotu zamówienia wymogu posiadania przez oprawy oświetleniowe łącznie certyfikatów ENEC, ENEC+, ZD4i ograniczając konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców i uniemożliwienie udziału w postępowaniu wykonawców oferujących towary równoważne, posiadające certyfikaty inne niż ENEC, ENEC+ i ZD4i, a wydane przez jednostki oceniające zgodność.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o:

1.uwzględnienie odwołania,

2.nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji sekcji IV pkt 4.2.2) ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu, rozdziału IV pkt 1 specyfikacji warunków zamówienia oraz pkt 1 i pkt 2 tiret 13 opisu przedmiotu zamówienia poprzez usunięcie wymogu posiadania przez oprawy oświetleniowe certyfikatów ENEC, ENEC+, ZD4i i zastąpienie wymogiem posiadania przez oprawy oświetleniowe objęte Zamówienie certyfikatów wydanych przez jednostkę oceniającą zgodność w rozumieniu art. 105 ust. 2 PZP o treści: „oprawa musi posiadać certyfikat wydany przez jednostkę oceniającą zgodność bądź jednostki oceniające zgodność w rozumieniu art. 105 ust. 2 PZP" lub inne równoważne powyższemu postanowieniu,

ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt 2 powyżej jako najdalej idącego wnoszę o:

3.nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji sekcji IV pkt 4.2.2) ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu, rozdziału IV pkt 1 specyfikacji warunków zamówienia oraz pkt 1 i pkt 2 tiret 13 opisu przedmiotu zamówienia poprzez wprowadzenie wymogu o treści: „oprawa musi posiadać certyfikaty: ENEC, ENEC+, ZD4i lub certyfikat równoważnych wydany przez jednostkę oceniającą zgodność bądź jednostki oceniające zgodność w rozumieniu art. 105 ust. 2 PZP", lub inne równoważne powyższemu postanowieniu;

4.obciążenie Zamawiającego wszelkimi kosztami odwołania;

5.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego wszelkich kosztów wywołanych wniesieniem niniejszego odwołania w całości.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Ada-Light sp. z o.o. z siedzibą w Budach Kozickich, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 marca 2024 r. (pismo z dnia 29 marca 2024 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 99 ust. 4 i 5 ustawy PZP:

4 . Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

5. Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy ,,lub równoważny''.

Zgodnie z art. 101 ust. 4 ustawy PZP, Opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważne".

Zgodnie z art. 105 ust. 1 i 2 ustawy PZP:

1. W celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę.

2. Przez jednostkę oceniającą zgodność rozumie się jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr (Dz.Urz. UE L 218 z 13.08.2008,).

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty a), b) i e) znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie w powyższym zakresie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważa, że zarzuty naruszenie przez Zamawiającego art. 99 ust. 4 i 5 PZP poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie oznaczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia i opisie przedmiotu zamówienia wyrazami „lub równoważne” w stosunku do wymogu łącznego posiadania certyfikatów ENEC, ENEC+, ZD4i przez oprawy oświetleniowe, a przez to utrudniające uczciwą konkurencję poprzez uniemożliwienie złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu wykonawcom oferującym oprawy oświetleniowe nie posiadające certyfikatów ENEC, ENEC+, ZD4i, lecz posiadające certyfikaty wydane przez jednostkę oceniającą zgodność w rozumieniu art. 105 ust. 2 PZP oraz art. 101 ust. 4 PZP poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie oznaczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia i opisie przedmiotu zamówienia wyrazami „lub równoważne” w stosunku do wymogu łącznego posiadania certyfikatów ENEC, ENEC+, ZD4i przez oprawy oświetleniowe, a także art. 16 pkt 1 ustawy PZP, są zdaniem Izby zasadne.

Izba zważa, że w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 17 marca 2024 r. Zamawiający poinformował o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia obejmującego wymianę nieenergooszczędnych 410 sztuk istniejących opraw oświetlenia ulicznego na oprawy typu LED z możliwością zdalnego sterowania bez dodatkowej modyfikacji oprawy i jednocześnie posiadających łącznie certyfikaty: ENEC, ENEC+, ZD4i. Podobnie, Zamawiając w rozdziale IV pkt 1 SWZ oraz w opisie przedmiotu zamówienia (pkt 1 oraz pkt 2 tiret 13) Zamawiający wskazał, że oprawy typu LED z możliwością zdalnego sterowania bez dodatkowej modyfikacji oprawy muszą posiadać łącznie certyfikaty: ENEC, ENEC+, ZD4i, przy czym ww. przedmiot zamówienia dofinansowany jest z Rządowego Funduszu Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych, który oparty jest na regulaminie dziewiątej edycji naboru wniosków o dofinansowanie „Rozświetlamy Polskę”.

Jednocześnie Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że na pismo Odwołującego z dnia 5 lutego 2024 r., Ministerstwo

Rozwoju i Technologii pismem z dnia 29 lutego 2024 r. wskazało, iż: „*Ministerstwo nie jest w stanie wyjaśnić na jakiej postawie w ww. regulaminie wprowadzone zostało ograniczenie w zakresie certyfikacji do nazw własnych ENEC, ENEC+, ZD4i".*

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z „nazwami własnymi" zastosowanymi przez Zamawiającego w zakresie certyfikacji *ENEC, ENEC+, ZD4i*, będącymi de facto znakami towarowymi/znakami handlowymi. Tym samym, Izba nie zgadza się z Zamawiającym, iż nie dokonanie żadnych zmian w programie „Rozświetlamy Polskę" „musi prowadzić do wniosku, że jednak właściwy Minister uznaje wymogi wprowadzone tym programem za zgodne z prawem, w tym z PZP".

Izba zważa, że zgodnie z art. 99 ust. 5 ustawy PZP, Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy ,,lub równoważny", z kolei w myśl art. 101 ust. 4 ustawy PZP, Opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważne".

Izba, za Odwołującym, wskazuje, iż na rynku występują oprócz wskazanych powyżej znaków certyfikacji wyrobów elektrycznych ENEC, ENEC+, ZD4i, także inne znaki certyfikacji wyrobów elektrycznych wydawane przez jednostki oceniające zgodność z obowiązującymi normami , jak np. Zakłady Badań i Atestacji „ZETOM" im. Prof. F. Stauba w Katowicach Sp. z o.o. – Zakład Certyfikacji.

Tym samym, w ocenie Izby, rację ma Odwołujący, iż w przypadku jednostek oceniających zgodność z obowiązującymi normami, takich jak Zakłady Badań i Atestacji „ZETOM" im. Prof. F. Stauba w Katowicach Sp. z o.o. Stowarzyszenie Elektryków Polskich czy też SEP-BBJ, certyfikacja wyrobów elektrycznych ma miejsce na podstawie norm 60598-1 oraz 60598-2-3, co jednoznacznie wynika z dowodów wniesionych przez Odwołującego do odwołania. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż jednostki oceniające zgodność, tj. IMiF Predom oraz Stowarzyszenie Elektryków Polskich, które wystawiają certyfikaty na znakowanie produktów znakiem ENEC, nie są jedynymi jednostkami certyfikującymi wyroby na podstawie akredytacji udzielonej przez Polskie Centrum Akredytacji, ponieważ taką jednostką oceniająca zgodność są również Zakłady Badań i Atestacji „ZETOM", która jest także akredytowana przez Polskie Centrum Akredytacji i posiada akredytację: AC 005.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, potwierdzenie parametrów technicznych opraw oświetleniowych nie następuje wyłącznie poprzez wydanie certyfikatów wymaganych przez Zamawiającego (certyfikacja wydawana przez Stowarzyszenie Elektryków Polskich, IMiF Predom nadających znaki handlowe ENEC i ENEC+), ale również przez inne podmioty, np. Zakłady Badań i Atestacji „ZETOM".

Izba zważa, że oczywistym jest, iż określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do Zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym nabywcą określonych towarów czy usług, a konieczności zachowania uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z nakazem umożliwienia złożenia oferty przez jak najszerszy krąg wykonawców, w oderwaniu od potrzeb Zamawiającego. Niedopuszczalne jest jednak takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia w sposób eliminujący funkcjonujące na rynku rozwiązania, musi więc być w stanie przedstawić racjonalne i przekonujące wyjaśnienie takiego działania (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 759/23).

W ocenie Izby, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie de facto powołuje się wyłącznie na § 5 ust. 6 regulaminu dziewiątej edycji naboru wniosków o dofinansowanie „Rozświetlamy Polskę", gdzie beneficjentom narzucono konieczność instalowania opraw posiadających łącznie certyfikaty ENEC, ENEC+, ZD4i; *Instalowane oprawy oświetleniowe muszą gwarantować możliwość zdalnego sterowania bez dodatkowej modyfikacji oprawy i jednocześnie posiadać łącznie certyfikaty: ENEC, ENEC+, ZD4i."*, który to zapis znalazł swoje odzwierciedlenie w dokumentacji przedmiotowego postępowania i ma jednocześnie świadczyć o uzasadnionych potrzebach Zamawiającego. Zdaniem Izby, po pierwsze powyższy zapis w regulaminie nie może stać w opozycji do norm prawnych zapisanych w art. 99 ust. 1, 4,5 ustawy PZP, czy też art. 101 ust. 4 ustawy PZP, a po drugie Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił uzasadnionych potrzeb co do żądanych certyfikatów w przedmiotowym postępowaniu, stwierdzając jedynie lakonicznie, iż: „umożliwia wykonanie części zadań własnych przy uzyskaniu poważnego dofinansowania ze źródeł zewnętrznych a co więcej zapewnienie przez Wykonawcę żądanych certyfikatów gwarantuje wysoką jakość oferowanych produktów". W ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał, tj. nie udowodnił, że zawężenie certyfikatów do ENEC, ENEC+, ZD4i gwarantuje Zamawiającemu wyższą jakość, większą użyteczność czy trwałość opraw oświetleniowych niż w przypadku certyfikatu „ZETOM".

Nadto Izba zważa, że z dowodów wniesionych przez Odwołującego na posiedzeniu jednoznacznie wynika, iż certyfikaty „ZETOM" (certyfikat zgodnościZETOM-2 Nr 150/2023/Z oraz certyfikat zgodności z Europejską Dyrektywą) spełniają normy zawarte w certyfikacie ENEC, czy ENEC +, co też nie było kwestionowane przez Zamawiającego na rozprawie.
Poza tym, Izba nie zgadza się z argumentacją Zamawiającego, który stwierdził na rozprawie, że art. 99 ust. 5 ustawy PZP nie miałby zastosowania w niniejszej sprawie, ponieważ Zamawiający w ocenie Izby zdaje się nie zauważać, że w przypadku wskazania w dokumentacji postępowania znaków towarowych/znaków handlowych/nazw własnych (tj. ENEC, ENEC+, ZD4i), co nie było kwestionowane przez Zamawiającego ani w odpowiedzi na odwołanie ani na rozprawie, Zamawiający był obowiązany w takim przypadku zastosować wyrazy „lub równoważne".
Konkludując, zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 99 ust. 4 i 5 ustawy PZP oraz art. 101 ust. 4 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP, są w ocenie Izby zasadne.
Z kolei przechodząc do zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 105 ust. 1 i 2 PZP poprzez wprowadzenie wymogu posiadania przez oprawy oświetleniowe łącznie certyfikatów ENEC, ENEC+, ZD4i, które nie są wydawane (nadawane) przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz.Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30), lecz stanowią nazwy własne lub znaki handlowe lub znaki towarowe certyfikatów nadawanych przez podmioty będące sygnatariuszami porozumienia ETICS (European Testing Inspection Certification System) – dla certyfikatu ENEC i ENEC+ oraz porozumienia podmiotów: Zhaga Consortium oraz DALI Alliance – dla certyfikatu ZD4 oraz art. 105 ust. 1 PZP poprzez błędne uznanie, że certyfikaty ENEC, ENEC+ i ZD4i są certyfikatami wydawanymi przez jednostkę oceniającą zgodność w rozumieniu, o którym mowa w art. 105 ust. 2 PZP, podczas gdy w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność, o której mowa w art. 105 ust. 2 PZP, a nie certyfikatu wydanego przez inny niż jednostka oceniająca zgodność podmiot trzeci, do którego nie stosuje się wymogów rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz.Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30), są w ocenie Izby niezasadne.
Izba zważa, że Zamawiający z jednej strony wymagając certyfikatu ENEC i ENEC + wydanego przez laboratoria zrzeszone w ETICS (European Testing Inspection Certyfication System) i mające prawo do certyfikacji znakiem towarowym/handlowym ENEC, jest systemem certyfikacji dokonywanej przez niezależną osobę trzecią, o czym świadczy dowód wniesiony przez Odwołującego do odwołania, w którym stwierdzono, iż: „certyfikat ENEC jest przyznawany przez niezależną stronę trzecią", a z drugiej strony Polska nie jest sygnatariuszem porozumienia ETICS.
Izba zważa, że zgodnie z art. 105 ust. 1 ustawy PZP,W celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę, z kolei w myśl art. 105 ust. 2 ustawy PZP, Przez jednostkę oceniającą zgodność rozumie się jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE)n r z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr (Dz.Urz. UE L 218 z 13.08.2008,).
Izba, za Odwołującym, wskazuje, iż jednostką oceniającą zgodność nie jest w rozumieniu wynikającym z art. 105 ust. 1 PZP stowarzyszenie ETICS odpowiedzialne za nadawanie certyfikatów o charakterze w istocie wewnętrznym patrząc przez pryzmat przepisów Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. oraz norm prawnych zawartych w art. 105 ust. 2 i 3 ustawy PZP, lecz jednostka oceniająca zgodność, np. Zakłady Badań i Atestacji „ZETOM, Stowarzyszenie Elektryków Polskich, IMiF Predom lub inne posiadające akredytację Polskiego Centrum Akredytacji. Akredytacja wydana przez Polskie Centrum Akredytacji oznacza bowiem *„poświadczenie przez krajową jednostkę akredytującą, że jednostka oceniająca zgodność spełnia wymagania określone w normach zharmonizowanych oraz – w stosownych przypadkach – wszelkie dodatkowe wymagania, w tym wymagania określone w odpowiednich systemach sektorowych konieczne do realizacji określonych czynności związanych z oceną zgodności* (art. 2 pkt 10 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r.).
Jednakże w ocenie Izby, Odwołujący nie zauważa, że zgodnie z art. 106 ust. 1 ustawy PZP,Zamawiający może żądać innych niż wskazane w i przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do

przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, natomiast w myśl art. 106 ust. 3, Żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.

Biorąc powyższe zapisy ustawy pod uwagę, jak również, że katalog przedmiotowych środków dowodowych jest otwarty, a także postanowienia § 5 ust. 6 regulaminu dziewiątej edycji naboru wniosków o dofinansowanie „Rozświetlamy Polskę" oraz zapisy w dokumentacji niniejszego postępowania, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający mógł zastosować w ogłoszeniu o zamówieniu, SWZ, czy też w OPZ wymóg posiadania przez oprawy oświetleniowe łącznie certyfikatów ENEC, ENEC+, ZD4i, a które to certyfikaty nie są wydawane przez jednostki oceniające w rozumieniu art. 105 ust. 1 i 2 ustawy PZP.

To, że ww. certyfikaty stanowią, jak już Izba wskazała powyżej, nazwy własne/znaki towarowe/znaki handlowe (ENEC, ENEC+, ZD4i) nadawane przez podmioty będące sygnatariuszami porozumienia ETICS (European Testing Inspectior Certification System) – dla certyfikatu ENEC i ENEC+oraz porozumienia podmiotów: Zhaga Consortium oraz DALI Alliance – dla certyfikatu ZD4i, nie oznacza zdaniem Izby, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie mógł żądać certyfikatów wydawanych przez inny podmiot niż jednostka oceniająca zgodność, zwłaszcza patrząc przez pryzmat art. 106 ust. 1 i 3 ustawy PZP oraz postanowień § 5ust. 6 ww. regulaminu, w którym to brak jest zapisu o konieczności wydawania certyfikatów wyłącznie przez jednostki oceniające. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie postawił wymogu, iż certyfikaty powinny być wydane zgodnie z art. 105 ustawy PZP, tj. przez jednostkę oceniającą zgodność.

Tym samym, w ocenie Izby powyższe zarzuty, są w ocenie Izby niezasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 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 i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego w części 2/5 i Zamawiającego w części 3/5.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: …….