

WYROK
z dnia 22 października 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2019 r. przez wykonawcę Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej – Curie Oddział w Gliwicach z siedzibą w Gliwicach

przy udziale wykonawcy Miniwatt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku - Białej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w części obejmującej zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie dotyczącym niezgodności oferty wykonawcy Miniwatt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku - Białej z wymaganiami Zamawiającego określonymi w specyfikacji asortymentowo – cenowej dla zadania 1 dla opraw z pozycji:
 - 1 i 2 – w zakresie kąta rozsiewu,
 - 3 – w zakresie temperatury pracy, klasy ryzyka fotobiologicznego i kąta rozsiewu,
 - 4 – w zakresie klasy ryzyka fotobiologicznego,
 - 5 – w zakresie klasy ryzyka fotobiologicznego, kąta rozsiewu, trwałości eksploatacyjnej oraz średnicy otworu montażowego,
 - 6 – w zakresie klasy ryzyka fotobiologicznego, kąta rozsiewu, trwałości eksploatacyjnej oraz średnicy otworu montażowego

i nakazuje zamawiającemu Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie Oddział w Gliwicach z siedzibą w Gliwicach unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 1 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Miniwatt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku – Białej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę wnoszącego sprzeciw - Miniwatt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku – Białej i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.1. zasądza od wykonawcy wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie Oddział w Gliwicach z siedzibą w Gliwicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawy lamp w wykonaniu LED dla Centrum Onkologii – Instytutu im. Marii Skłodowskiej – Curie Oddziału w Gliwicach.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 lipca 2019 r. pod numerem 578705-N-2019. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 7 października 2019 r. wykonawca Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Miniwatt Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku - Białej (dalej jako „Miniwatt”) i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Miniwatt pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w ramach której Zamawiający będzie zobowiązany do odrzucenia oferty Miniwatt.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą Pzp, ponieważ, gdyby Zamawiający dokonał prawidłowej czynności w postępowaniu, wówczas odrzuciłby ofertę złożoną przez wykonawcę Miniwatt, która została uznana za najkorzystniejszą. Tym samym Odwołujący, miałby realną szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu. Działania Zamawiającego w oczywisty sposób naruszają usprawiedliwiony interes ekonomiczny Odwołującego oraz skutkują powstaniem po jego stronie realnej szkody - nieuprawnionym pozbawieniem możliwości uzyskania zamówienia.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w pierwszej kolejności (pkt. 1.1 uzasadnienia odwołania) podniósł, iż pismem z dnia 24 września 2019 r. Zamawiający wezwał Miniwatt w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przedłożenia dla opraw dla zadania nr 1 (pozycja

nr 1 i 2) próbek oraz kompletu dokumentów wymaganych przez Zamawiającego m.in. certyfikatów CE, atestów PZH. Przyczyną skierowania przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentów była okoliczność, że Miniwatt przedłożył dla wskazanych pozycji próbki, dokumenty i certyfikaty dla opraw oświetleniowych których producentem jest firma LUG Light Factory Sp. z o.o., podczas gdy w ofercie (specyfikacji asortymentowo-cenowej) dla zadania nr 1 pozycji 1 oraz 2 jako producent wskazał firmę ES-System S.A. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający zobowiązany był do podjęcia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Miniwatt w oparciu o dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, nie zaś zastosowania procedury wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W tym zakresie Odwołujący wskazał na wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 1020/19. Zdaniem Odwołującego przedłożenie dokumentów dla innego producenta aniżeli wskazany w ofercie stanowiło oświadczenie Wykonawcy, że zamierza zaoferować Zamawiającemu inne produkty aniżeli wskazane w ofercie. Podjęcie przez Zamawiającego czynności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 stanowiło w ocenie Odwołującego niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty.

Po drugie (pkt 1.2 uzasadnienia) Odwołujący podniósł, iż Zamawiający pismem z dnia 24 września 2019 r. jednoznacznie wskazał, że Miniwatt przedłożył dla zadania nr 1 poz. nr 7 próbkę, która przeczy wymaganiom określonym w opisie przedmiotu zamówienia (specyfikacja asortymentowo-cenowa), bowiem nie posiada wymaganego czasu pracy awaryjnej na poziomie 60 minut. Również w tym przypadku, zdaniem Odwołującego, Zamawiający już z chwilą stwierdzenia powyższej okoliczności zobowiązany był do odrzucenia oferty złożonej przez Miniwatt z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ. Zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał odrzucenia oferty oraz podjął wobec Wykonawcy czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, tymczasem tego rodzaju wezwanie jest niezasadne (w tym zakresie Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 646/18).

Jako trzeci aspekt (pkt 1.3 uzasadnienia) Odwołujący zwrócił uwagę, że Miniwatt w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zaniechał (wbrew żądaniu Zamawiającego wprost wynikającym z treści wezwania z dnia 24 Września 2019 r.) przedłożenia dla zadania nr 1 pozycja nr 4 deklaracji zgodności (certyfikatu CE) oraz atestu higienicznego PZH dla oprawy „CAMEA SMD LED 16W KLOSZ MAT BIAŁY 3000K LC”. W związku z powyższym Zamawiający winien odrzucić ofertę złożoną przez Wykonawcę Miniwatt Sp. z o.o. jako niezgodną z treścią SIWZ.

Następnie (pkt 1.4 uzasadnienia) Odwołujący podniósł, iż Miniwatt w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,

pismem z dnia 26 września 2019 r., jednoznacznie oświadczył, że dla zadania nr 1 pozycji nr 8 oferuje produkt o nazwie NECTRA LED IP44 20W/25W OBUDOWA NATYNKOWA PC o numerze katalogowym (059995). Podana nazwa produktu w sposób nie budzący wątpliwości wskazuje, iż jest to jedynie obudowa natynkowa (bez oprawy oświetleniowej). Potwierdzenie tego faktu znajduje się w wiadomości e-mail od producenta (załącznik nr 12). Okoliczności powyższe potwierdza także próbka produktu (zdjęcie stanowi załącznik do odwołania - załącznik nr 13) oraz karta katalogowa (załącznik nr 14) stanowiąca załącznik do odwołania. Fakt, że Miniwatt dla wskazanej pozycji zaoferował produkt niezgodny z wymaganiami Zamawiającego tj. wyłącznie akcesorium do oprawy w postaci obudowy zamiast obudowy wraz z oprawą potwierdza także wskazana cena produktu tj. netto 32,67 zł, która jest niemal trzykrotnie niższa aniżeli cena oprawy oświetleniowej dla pozycji 5, gdzie Miniwatt oferuje oprawę „NECTRA LED IP44 20W 3000K” tego samego producenta. Odwołujący podkreślił także fakt, że do zaoferowanej przez Wykonawcę obudowy można zamontować wyłącznie oprawę NECTRA LED IP44 o mocy 20W lub 25W. Z uwagi, że Zamawiający wymagał aby oprawa z pozycji 8 miała moc maksymalną 20W, a temperaturę barwową 3000K to jedyna oprawa pasująca do obudowy oraz odpowiadająca wymaganiam Zamawiającego to oprawa NECTRA LED IP44 20W 3000K. Jest to oprawa tożsama z oprawą oferowaną przez Wykonawcę dla pozycji nr 5 i 6. Cena oprawy z pozycji 5 i 6 wynosi 94,71 złotych netto. W konsekwencji gdyby Wykonawca uwzględnił dla poz. nr 8 w ofercie nie tylko samą obudowę, ale również oprawę (jak wymagał Zamawiający), to ostateczna cena oferty Miniwatt musiałaby być wyższa o 3 494,80 złotych brutto (94,71x30szt.+VAT) oraz wyniosłaby finalnie 801 932,33 (798 437,53 + 4 394,80) złotych brutto. W stanie faktycznym będącym przedmiotem rozstrzygnięcia oferta Odwołującego wynosi 799 770,60 złotych brutto. Gdyby więc Miniwatt zaoferował oprawę wraz z obudową dla zadania 1 pozycji nr 8, nie zaś wyłącznie samą obudowę, to oferta Miniwatt byłaby droższa aniżeli oferta Odwołującego.

Niezależnie od okoliczności wskazanych powyżej, Odwołujący wskazał (pkt 1.5 odwołania), iż analiza próbek oraz dokumentów ostatecznie przedłożonych przez Miniwatt w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego (w tym wezwanie z dnia 24 września 2019 r. skierowane przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp) jednoznacznie wskazuje, że parametry techniczne oferowanych opraw oświetleniowych nie odpowiadają wymaganiam Zamawiającego określonym w SIWZ tj. w dokumencie Specyfikacja asortymentowo-cenowa - załączniki nr 2.1-2.2 do SIWZ zgodnie z Rozdziałem IV SIWZ - Załącznik 2.1 do SIWZ Specyfikacja asortymentowo-cenowa, kolumna nr 3 „opis przedmiotu zamówienia/wymagania”. Odwołujący przedstawił tabelę rozbieżności pomiędzy parametrami wymaganymi, a oferowanymi przez Miniwatt, w której wskazał na niezgodności w zakresie opraw z pozycji:

Poz. 1 – próbka REGLUX 540 5856100 – niezgodność w zakresie klasy ryzyka fotobiologicznego (klasa 1 zamiast wymaganej klasy 0);

Poz. 1 – próbka REGLUX 540 5856100 – niezgodność w zakresie kąta rozsiewu (128 stopni zamiast max. 90 stopni);

Poz. 2 – próbka REGLUX 540 5856000 – niezgodność w zakresie klasy ryzyka fotobiologicznego (klasa 1 zamiast wymaganej klasy 0);

Poz. 2 – próbka REGLUX 540 5856000 – niezgodność w zakresie kąta rozsiewu (128 stopni zamiast max. 90 stopni);

Poz. 3 – próbka TYTAN LED 4200lm 29W, INDEX 906503 - niezgodność w zakresie temperatury pracy (do + 35°C zamiast do 50°C);

Poz. 3 – próbka TYTAN LED 4200lm 29W, INDEX 906503 - niezgodność w zakresie klasy ryzyka fotobiologicznego (klasa 1 zamiast wymaganej klasy 0);

Poz. 3 – próbka TYTAN LED 4200lm 29W, INDEX 906503 - niezgodność w zakresie kąta rozsiewu (108,8x112,2 zamiast max. 90 stopni);

Poz. 4 – próbka CAMEA SMD LED 16W LC nr kat. 067273/GW - niezgodność w zakresie klasy ryzyka fotobiologicznego (klasa 1 zamiast wymaganej klasy 0);

Poz. 5 – próbka NECTRA LED 20W WHITE INDEX 059384 - niezgodność w zakresie średnicy otworu (195 mm zamiast 190 mm);

Poz. 5 – próbka NECTRA LED 20W WHITE INDEX 059384 - niezgodność w zakresie klasy ryzyka fotobiologicznego (klasa 1 zamiast wymaganej klasy 0);

Poz. 5 – próbka NECTRA LED 20W WHITE INDEX 059384 - niezgodność w zakresie kąta rozsiewu (102,2 zamiast max. 90 stopni);

Poz. 5 – próbka NECTRA LED 20W WHITE INDEX 059384 - niezgodność w zakresie trwałości eksploatacyjnej (35 000h zamiast min. 40 000h);

Poz. 6 – próbka NECTRA LED 20W WHITE INDEX 059384 - niezgodność w zakresie średnicy otworu (195 mm zamiast 190 mm);

Poz. 6 – próbka NECTRA LED 20W WHITE INDEX 059384 - niezgodność w zakresie klasy ryzyka fotobiologicznego (klasa 1 zamiast wymaganej klasy 0);

Poz. 6 – próbka NECTRA LED 20W WHITE INDEX 059384 - niezgodność w zakresie kąta rozsiewu (102,2 zamiast max. 90 stopni);

Poz. 6 – próbka NECTRA LED 20W WHITE INDEX 059384 - niezgodność w zakresie trwałości eksploatacyjnej (35 000h zamiast min. 40 000h).

W powyższym zakresie Odwołujący powołał się na dowody z dokumentów załączonych do odwołania (załączniki 4 – 11). Odwołujący przedstawił także objaśnienie w zakresie nazewnictwa wymaganych przez Zamawiającego parametrów:

1. Klasa ryzyka fotobiologicznego „0” - W Europie normą bezpieczeństwa produktów dla lamp

i systemów lampowych jest EN 62471, która została przyjęta w europejskich dyrektywach dotyczących bezpieczeństwa. Norma EN 62471, która opiera się na międzynarodowej normie IEC 62471, klasyfikuje źródła światła do grup ryzyka 0, 1, 2 i 3 (od 0= brak ryzyka do 3=wysokie ryzyko). Zamawiający wymaga, aby wszystkie oprawy posiadały zerową klasę ryzyka.

2. Kąt rozsiewu do max 90° - w wyjaśnieniu treści SIWZ opublikowanym w dniu 31 lipca 2019r. na pytanie „Uprzejmie proszę o wyjaśnienie parametru „kąt rozsiewu”. Czy to jest kąt połówkowy świecenia oprawy” Zamawiający odpowiedział „Tak, chodzi o połówkowy kąt rozsiewu świecenia oprawy”. Zatem kąt połówkowy jest to parametr oprawy mierzony specjalnym urządzeniem, który informuje o tym jak świeci światło w danej oprawie. Zamawiający wymagał, aby dostarczane oprawy charakteryzowały się parametrem kąt połówkowy o wartości maksymalnej 90°.
3. Przeznaczona do pracy w wysokich temperaturach pracy do 50°C - w wyjaśnieniu treści SIWZ opublikowanym w dniu 31 lipca 2019r. w odpowiedzi na pytanie nr 5 Zamawiający informuje, iż „większość lamp będzie montowana w obiektach kuchni i pralni. W przestrzeni przy stropowej w wymienionych działach panują wysokie temperatury więc lampy muszą być przystosowane do pracy w temperaturze 50 stopni”. Natomiast w odpowiedzi na pytanie nr 6 dotyczące dopuszczenia opraw z maksymalną temperaturą pracy do +30°C, Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody. Zatem Zamawiający wymagał jednoznacznie aby oprawy z pozycji nr 3 były przystosowane do pracy w temperaturze do 50°C.
4. Oprawa dostropowa do otworu o średnicy 190mm - wymaganie to precyzyjnie określało, iż dostarczana oprawa oświetleniowa ma być do otworu o średnicy 190mm. W przetargu nie było żadnych pytań o dopuszczenie opraw oświetleniowych do otworów o średnicach większych lub mniejszych.
5. Posiadać trwałość eksploatacyjną min 40 000h - jest to parametr, który informuje jak długo oprawy będą świecić. Zamawiający wymagał, aby wartość tego parametru była na poziomie minimum 40 000 godzin.

Reasumując, Odwołujący wskazał, że każda z okoliczności wskazanych w pozycjach od 1.1 do 1.5 odwołania stanowi samodzielną przesłankę odrzucenia oferty złożonej przez Miniwatt, którego oferta została przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający w dniu 17 października 2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni zarzuty odwołania w całości.

Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego – Miniwatt Sp. z o.o. (dalej jako „Przystępujący”) w dniu 18 października 2019 r. złożył pismo procesowe, w którym wniósł sprzeciw wobec czynności uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego oraz wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutów z pkt 1.1 i 1.2 odwołania Przystępujący zwrócił uwagę, że dotyczą one zakwestionowania zastosowania przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a taki zarzut nie został przez Odwołującego sformułowany, zaś Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Dalej Przystępujący wskazał, iż dokumenty wymagane przez Zamawiającego zgodnie z pkt IX.1 SIWZ stanowią dokumenty przedmiotowe w rozumieniu art. 25 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższe zdaniem Przystępującego wynika jednoznacznie z postanowień SIWZ oraz prowadzonej przez Zamawiającego korespondencji (wezwania z dnia 19 sierpnia 2019 r.). Przystępujący wskazał na nieumiejętność rozróżnienia przez Odwołującego dokumentów składających się na ofertę *sensu stricto* od dokumentów przedmiotowych, podniósł, iż myli on treść oferty, która miała obejmować zaoferowany asortyment zgodny z wymaganiami SIWZ z dokumentami dotyczącymi spełnienia przez oferowany asortyment tych wymagań. Przystępujący przedstawił wywód prawny co do rozumienia omawianych przepisów oraz przywołał orzecznictwo, m.in. wyrok KIO z dnia 6 marca 2018 r., sygn. akt KIO 295/18, wyrok KIO z 8 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1437/18, wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2477/18, wyrok z dnia 6 maja 2016 r., sygn. akt KIO 608/16 potwierdzające, że działanie Zamawiającego polegające na wezwaniu Przystępującego do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp było prawidłowe.

Odnosząc się do zarzutu z pkt 1.3 odwołania, Przystępujący podniósł, iż twierdzeniom Odwołującego, że Przystępujący nie złożył deklaracji zgodności oraz atestu PZH dla oprawy CAMEA SMD LED 16W KLOSZ MAT BIAŁY 3000K LC przeczy treść dokumentów, tj. odpowiedzi udzielonej przez Przystępującego z dnia 26 września 2019 r. W piśmie tym Przystępujący wskazał, iż składa komplet dokumentów i próbek, w tym również deklaracje zgodności i atesty PZH dla ww. oprawy.

W odniesieniu do pkt 1.4 odwołania, Przystępujący wskazał, iż o zakresie jego zobowiązania wobec Zamawiającego decyduje treść złożonej oferty. Opis pozycji 8 Specyfikacji asortymentowo – cenowej stanowiącej załącznik do oferty jednoznacznie potwierdza, iż Przystępujący zaoferował Zamawiającemu całą oprawę produkcji firmy Lena Lighting (tj. zarówno oprawę oświetleniową jak i obudowę natynkową) o wymaganiach określonych przez Zamawiającego. Zaznaczył, że to treść oferty, a nie treść dokumentów przedmiotowych, kreuje zakres zobowiązania wykonawcy.

Odnosząc się do twierdzenia, że cena oprawy oświetleniowej w pozycji 8 Specyfikacji odbiega od cen opraw wskazanych w poz. 5 i 6 Specyfikacji, Przystępujący wskazał, iż kształtowanie ceny oferty leży w dyspozycji Przystępującego jako wykonawcy. Wymagania SIWZ nie określały obowiązku wskazania jednolitej czy tożsamej ceny dla analogicznych produktów oferowanych w różnych pozycjach. Przedmiotem odwołania nie jest również zarzut

rażąco niskiej ceny lub zarzut czynu nieuczciwej konkurencji. Przystępujący powołał się także na wyrok KIO z dnia 5 września 2016 r., sygn. akt KIO 1574/16. Dalej wskazał, iż wolumen asortymentu zamawiany od jednego producenta (Lena Lighting), który został zaferowany zarówno w poz. 3, 4, 5, 6 i 8 Specyfikacji, w tym tożsamość opraw w pozycji 5, 6 i 8 Specyfikacji pozwolił Przystępującemu na zaferowanie przystępnej ceny w najniższej wymaganej ilości opraw (30 sztuk) właśnie w pozycji nr 8 Specyfikacji. Dzięki uzyskanym rabatami i upustom wynegocjowanym z producentem Przystępujący był w stanie zaferować kompletną oprawę z poz. nr 8 Specyfikacji za cenę jednostkową 32,67 zł. Na cenę tę składał się koszt oprawy oświetleniowej (1 zł netto) oraz obudowy natynkowej (31,67 zł netto). Na dowód przedstawił oświadczenie producenta. Wyjaśnił, iż zważywszy na tożsamość pozycji 5 i 8 Specyfikacji (na co wskazuje sam Odwołujący), nie było potrzeby prezentowania identycznych opraw w ilości wykraczającej poza minimalne wymagania Zamawiającego.

Przystępujący zauważył ponadto, iż Odwołujący wywodzi wniosek, że Przystępujący w zakresie pozycji nr 8 zaferował wyłącznie obudowę natynkową (a nie kompletną oprawę oświetleniową) tylko z literalnej treści pisma Przystępującego z 26 września 2019 roku. Wskazał, że mimo iż w poz. 5, 6 oraz 8 Specyfikacji Przystępujący zaferował tę samą oprawę oświetleniową, to między wskazanymi pozycjami zachodzą istotne różnice. W poz. 5 oraz 6 Zamawiający wymagał zaferowania oprawy dostropowej, tj. wyłącznie oprawy oświetleniowej. Z kolei oprawa wymagana w poz. 8 Specyfikacji to oprawa nastropowa co wiąże się z koniecznością zaferowania również stosownej obudowy natynkowej. To właśnie z tego względu, w odniesieniu do poz. 8 Specyfikacji w piśmie z 26 września 2019 roku Przystępujący wskazał wprost na zaferowanie stosownej obudowy natynkowej, odmiennie do poz. 5 oraz 6 Specyfikacji, w stosunku do których została sprecyzowana wyłącznie oprawa oświetleniowa. Jak jednak słusznie wskazał Odwołujący, do wskazanej obudowy natynkowej pasuje wyłącznie jedna oprawa oświetleniowa (zaferowana w poz. 5 oraz 6 Specyfikacji) - oczywiście więc było jaką konkretnie oprawę zaferował Przystępujący wraz z obudową. Przystępujący wskazał także, że Odwołujący powołuje się wyłącznie na pismo Przystępującego z 26 września 2019 roku. Tymczasem, już we wcześniejszym piśmie Przystępującego z 21 sierpnia 2019 roku oprawa oświetleniowa NECTRA LED LP44 20W 3000K została wskazana w jednym wierszu wraz z obudową natynkową NECTRA IP44 20W/25W PC zaferowanej w odniesieniu do poz. 8 Specyfikacji.

Odnosząc się do pkt 1.5 odwołania, Przystępujący w stosunku do opraw oświetleniowych ES-System wskazał, że obie oprawy zaferowane przez niego posiadają klasę ryzyka fotobiologicznego „0”, co potwierdza jednoznacznie wynik badania przeprowadzonego przez producenta (załącznik nr 4 do pisma). Wskazał także, że Odwołujący przeciwny wniosek wyprowadza wyłącznie z kart katalogowych, których złożenia Zamawiający

nie wymagał w postępowaniu. W odniesieniu do kąta rozświetlenia wskazał, iż normy ani technika świetlna nie posługują się pojęciem „kąta rozświetlenia”, a wyłącznie pojęciem „kąta rozsyłu,” który określa jak szeroko emitowane jest światło. Przy obrotowo-symetrycznym rozsyłu strumienia świetlnego, jest to kąt między osią lampy a kierunkiem światłości, której wartość wynosi 50% światłości maksymalnej. Innymi słowy, pod pojęciem „kąta rozświetlenia” należy rozumieć kąt połówkowy. Dla źródeł światła LED, gdzie element emitujący światło (PCB z LED) posiada ukierunkowany rozsył niezbędne jest wykreślenie krzywej światłości. Następnie na wykresie wyznacza się pkt. X w którym światłość wynosi 50% maksymalnej wartości światłości w osi optycznej. Okoliczność, że chodzi o kąt połówkowy potwierdził sam Zamawiający w toku postępowania - w wyjaśnieniu treści SIWZ opublikowanym w dniu 31 lipca 2019 r. Zgodnie zaś z informacją przekazaną przez producenta, oprawa Regulux charakteryzuje się rozsyłem kątowym 128st/107st. Oznacza to, że kąty połówkowe tej oprawy to 64st/53,5 st., co spełnia wymagania wskazane w SIWZ (max 90 st.). Jako dowód Przystępujący powołał korespondencję z przedstawicielem producenta ES-System (Załącznik nr 5). Odmienny wniosek wskazany w odwołaniu wynika zaś wyłącznie z nieprawidłowej interpretacji karty katalogowej produktu dokonanej przez Odwołującego, w której wskazany został nie kąt połówkowy, a stanowiący jego dwukrotność rozsył kątowy (którego wartość jest pozbawiona znaczenia dla niniejszej sprawy).

W odniesieniu do opraw oświetleniowych Lena Lighting, Przystępujący wskazał, iż zarzuty odwołania dotyczące ryzyka fotobiologicznego oraz kąta rozświetlenia są tożsame jak w przypadku opraw ES System, wobec czego podtrzymał ww. argumentację. Ponadto, w odniesieniu do wszystkich zarzutów dotyczących opraw Lena Lighting wskazał, iż Odwołujący wyprowadza wnioski z oświadczeń producentów zawartych w kartach katalogowych lub też wyrażonych w wiadomościach e-mail, tymczasem Przystępujący otrzymał pisemne potwierdzenie producenta, że wszystkie oprawy spełniają wymagania Zamawiającego i takie potwierdzenie złożył jako dowód.

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

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba na posiedzeniu w dniu 18 października 2019 r. stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez

wykonawcę Miniwatt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku – Białej wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła go do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnienia jej treści, informację z otwarcia ofert, ofertę Przystępującego, korespondencję prowadzoną przez Zamawiającego z Przystępującym (wezwania w trybie art. 26 ust. 2 i 26 ust. 3 ustawy Pzp), informację z dnia 1 października 2019 r. o wyborze ofert najkorzystniejszej. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych (odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym Przystępującego) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 18 października 2019 roku.

Izba dopuściła ponadto dowody z dokumentów załączonych przez Odwołującego do odwołania, tj. karty katalogowej systemu Reglux, objaśnienia symboli katalog Es-System, karty katalogowej dla rodziny opraw Reglux, karty katalogowej Tytan LED 1150MM 4200LM IP66 830 (29W) (indeks 906503), wiadomości e-mail od producenta Lena Lighting dot. oprawy Tytan LED, karty katalogowej CAMEA SMD LED 16W MAT BIAŁY 3000K LC (indeks 067273), karty katalogowej NECTRA LED IP44 20W 3000K BIAŁY (indeks 059384), wiadomości email z firmy Lena Lighting dot. oprawy Nectra LED, wiadomości email z firmy Lena Lighting dot. obudowy Nectra, zdjęcia próbki obudowy Nectra LED, karty katalogowej rodziny opraw Nectra LED oraz złożonych przez Odwołującego na rozprawie zrzutów ekranu ze strony essystem.pl oraz lenalighting.pl., jak również dowody z dokumentów załączonych przez Przystępującego do pisma procesowego, tj. oświadczenia producenta Lena Lighting z 17 października 2019 r. dotyczące udzielonego rabatu na oprawę NECTRA LED IP44 20W, sprawozdania z badania fotobiologicznego opraw Reglux typ 1581 produkcji ES-System, korespondencji z przedstawicielem ES-System oraz kart katalogowych opraw Lena Lighting: NECTRA LED IP44 20W 4000K BIAŁY-WS (indeks: 059391), TYTAN LED 1150MM 4500LM IP66 840 (29W) – WS (indeks 906091), CAMEA SMD LED 16W MAT BIAŁY 4000K LC (indeks 067303).

Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego celem ustalenia czy przedstawione próbki spełniają wymagania stawiane przez

Zamawiającego. Zgodnie z art. 190 ust. 4 ustawy Pzp Izba może powołać biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych prowadzoną przez prezesa właściwego sądu okręgowego, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Z kolei zgodnie z art. 190 ust. 6 ustawy Pzp Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. W ocenie składu orzekającego, zgromadzony w sprawie materiał dowodowy pozwala na rozstrzygnięcie kwestii spornych bez odwoływania się do wiadomości specjalnych, wobec czego przeprowadzenie wnioskowanego dowodu zmierzałoby do nieuzasadnionego przedłużenia przedmiotowego postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem IV.1-3 SIWZ przedmiotem zamówienia są dostawy lamp w wykonaniu LED dla Zamawiającego. Opis przedmiotu zamówienia oraz warunki realizacji zawarto w formularzach: Specyfikacja asortymentowo-cenowa – załączniki nr 2.1-2.2 do SIWZ, wzór umowy – załączniki nr 4.1-4.2. Przedmiot zamówienia podzielony został na dwa odrębne zadania: zadanie nr 1 Lampy 1 oraz zadanie nr 2 Lampy 2.

Zgodnie z pkt IX.1 Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w terminie wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia następujących dokumentów:

- 1) certyfikat CE lub deklaracja zgodności dla każdej pozycji zaoferowanego asortymentu (dotyczy zadania 1 i 2);
- 2) atest higieniczny PZH dla każdej pozycji zaoferowanego asortymentu (dotyczy zadania 1);
- 3) aktualne świadectwo dopuszczenia CNBOP w zakresie zaoferowanej oprawy w wersji z modułem awaryjnym (dotyczy zad. 1 poz. 7 specyfikacji asortymentowo – cenowej);
- 4) próbki zaoferowanego asortymentu – po 2 szt. z każdej pozycji (dotyczy zadania 1).

W pkt IX.2 Zamawiający wskazał, iż dokumenty, o których mowa powyżej w ppkt 1-3 należy złożyć w formie oryginału lub kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Zgodnie z pkt XIII.13 SIWZ oferta dla uzyskania ważności musiała zawierać m.in. wypełnione formularze: oferta przetargowa (załącznik nr 1 do SIWZ) oraz specyfikacja asortymentowo-cenowa (załącznik nr 2 1-2.2 do SIWZ). W formularzu specyfikacja asortymentowo-cenowa Zamawiający zawarł m.in. następujące wymagania dla Zadania 1:

Dla poz. 1 „Oprawa nastropowa LED odpowiednik oprawy nastropowej świetlówkowej 1x36W”
kąąt rozsiewu do max 90°.

Dla poz. 2 „Oprawa nastropowa LED odpowiednik oprawy nastropowej świetlówkowej 2x36W”
kąąt rozsiewu do max 90°.

Dla poz. 3 „Oprawa nastropowa hermetyczna LED odpowiednik oprawy hermetycznej nastropowej świetlówkowej 2x36W”: kąąt rozsiewu do max 90°, przeznaczona do pracy w wysokich temperaturach pracy do 50°C.

Pozycją 4 była „Oprawa LED z możliwością montażu nastropowego lub naściennego, zastępująca plafony, kinkiety nadumywalkowe”;

Dla poz. 5 „Oprawa dostropowa do otworu ϕ 190mm, zastępująca oprawy downlight 18-35W”:
oprawa dostropowa do otworu ϕ 190mm, kąąt rozsiewu do max 90°;

Dla poz. 6 „Oprawa dostropowa do otworu ϕ 190mm, zastępująca oprawy downlight 18-35W”:
oprawa dostropowa do otworu ϕ 190mm, kąąt rozsiewu do max 90°;

Dla poz. 7 „Oprawa dostropowa do oświetlenia awaryjnego”: czas pracy awaryjnej 60 min.;

Pozycją 8 była „Oprawa nastropowa ϕ 160-200mm, zastępująca oprawy downlight 18-35W.”

W specyfikacji asortymentowo-cenowej, pod tabelą, Zamawiający wskazał, iż zaoferowany asortyment, oprócz spełnienia wszystkich warunków opisanych w tabeli, musi dodatkowo spełniać m.in. następujące warunki: klasa ryzyka fotobiologicznego „0” (pkt 2), posiadać atest higieniczny PZH (pkt 5), posiadać trwałość eksploatacyjną min. 40 000h (pkt 7).

Pismem z dnia 31 lipca 2019 r. Zamawiający przedstawił wyjaśnienia treści SIWZ. Na pytanie 1 o treści „proszę o wyjaśnienie parametru „kąąt rozsiewu”. Czy jest to kąąt połówkowy świecenia oprawy.” Zamawiający potwierdził, iż chodzi o połówkowy kąąt rozsiewu świecenia oprawy. Na pytanie 4 czy do oferty należy załączyć karty katalogowe, Zamawiający wskazał, iż nie ma takiego wymogu, a informacje na temat dokumentów dotyczących przedmiotu zamówienia zawiera rozdział IX SIWZ. Na pytanie 5 w jakich miejscach na terenie Instytutu może wystąpić temperatura +50°C, Zamawiający wskazał, iż większość lamp będzie montowana w obiektach kuchni i pralni. W przestrzeni przystropowej w ww. działach panują wysokie temperatury, więc lampy muszą być przystosowane do pracy w temperaturze 50 stopni. W odpowiedzi na pytanie 6 czy Zamawiający dopuszcza dla oprawy z poz. 3 maksymalną temperaturę do +30°C, Zamawiający wskazał, iż nie wyraża zgody na powyższe.

W postępowaniu oferty złożyli m.in. Odwołujący i Przystępujący.

Przystępujący w specyfikacji asortymentowo - cenowej dla opraw z poz. 1 i 2 wskazał producenta ES-System. Dla opraw z poz. 3 - 6 oraz 8 wskazał producenta Lena Lighting. Dla opraw z poz. 7 wskazał producenta Hybrid. Ponadto Przystępujący wskazał dla opraw z poz.

5 cenę jednostkową netto 94,71 zł (wymagana ilość opraw 200), dla opraw z poz. 6 cenę jednostkową netto 94,71 zł (wymagana ilość opraw 50 szt.), a dla opraw z poz. 8 cenę jednostkową netto 32,67 zł (wymagana ilość opraw 30 szt.).

Pismem z dnia 19 sierpnia 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, w tym dokumentów wymienionych w pkt IX.1 SIWZ.

W odpowiedzi na powyższe, Przystępujący pismem z dnia 21 sierpnia 2019 r. wskazał, iż dla zadania 1 składa karty katalogowe, atesty PZH, certyfikaty CE, deklaracje CNBOP oferowanych lamp:

- RAYLUX LB LED (zad. 1 poz. 1 i 2): karta katalogowa, certyfikat CE, atest PZH;
- TYTAN LED 1150mm 4200lm IP66 830 (29W) (zad. 1 poz. 3): karta katalogowa, certyfikat CE, atest PZH;
- CAMEA SMD LED 16W KLOSZ MAT BIAŁY 3000K LC (zad. 1 poz. 4): karta katalogowa, certyfikat CE, atest PZH;
- NECTRA LED IP44 20W 3000K (zad. 1 poz. 5 i 6) oraz NECTRA IP44 20W/25W OBUDOWA NATYNKOWA PC (zad. 1 poz. 8): karta katalogowa, certyfikat CE, atest PZH;
- Symetryczna – OWA FL LED 0000-PL-AP-2W-CT-1h-NMTS-CW-L040-9016-RND (zad. 1 poz. 7): karta katalogowa, certyfikat CE, atest PZH, świadectwo CNBOP;

Wskazał także, że składa próbki towaru – po 2 sztuki oferowanych lamp.

Wśród złożonych dokumentów nie było certyfikatu CE/deklaracji zgodności ani atestu higienicznego PZH dla oprawy z poz. 4 zadania 1 - CAMEA SMD LED 16W KLOSZ MAT BIAŁY 3000K LC. Przystępujący złożył jedynie ogólną kartę grupy produktów CAMEA LED EVO.

Pismem z dnia 24 września 2019 r. Zamawiający poinformował Przystępującego, że w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, złożył on dokumenty, które nie zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem. Ponadto wskazał, iż w zakresie:

- 1) Zad. 1 poz. 1 i 2 Przystępujący przedstawił próbki oraz dokumenty dot. lamp, których producentem jest LUG Light Factory, natomiast w ofercie Przystępujący zaoferował lampy producenta ES-System;
- 2) Zad. 1 poz. 7 Przystępujący przedstawił próbkę lampy, która nie pracuje w trybie pracy awaryjnej i jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia, ponieważ nie posiada wymaganego czasu pracy awaryjnej 60 minut;
- 3) Zad. 1 poz. 8 Przystępujący nie dostarczył wymaganych próbek.

W związku z powyższym Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia ww. dokumentów oraz próbek.

W odpowiedzi na powyższe, Przystępujący wskazał, iż składa karty katalogowe, atesty PZH, certyfikaty CE, deklaracje CNBOP oferowanych lamp potwierdzone za zgodność z oryginałem:

- Zad.1 poz. 3: TYTAN LED 1150mm 4200lm IP66 830 (29W) karta katalogowa, certyfikat CE, atest PZH;
- Zad. 1 poz. 4: CAMEA SMD LED 16W KLOSZ MAT BIAŁY 3000K LC karta katalogowa, certyfikat CE, atest PZH;
- Zad. 1 poz. 5: NECTRA LED IP44 20W 3000K karta katalogowa, certyfikat CE, atest PZH;
- Zad. 1 poz. 6: NECTRA LED IP44 20W 3000K karta katalogowa, certyfikat CE, atest PZH;
- Zad. 1 poz. 7: Symetryczna – OWA FL LED 0000-PL-AP-3W-CT-1h-NMTS-CW-L040-9016-RND karta katalogowa, certyfikat CE, atest PZH, świadectwo CNBOP;
- Zad. 1 poz. 8: NECTRA IP44 20W/25W OBUDOWA NATYNKOWA PC: karta katalogowa, certyfikat CE, atest PZH.

Ponadto wskazał, iż:

- 1) w zakresie zad. 1 poz. 1 i 2 przedstawia próbki oraz dokumenty lamp producenta ES-System S.A.:
 - Zad. 1 poz. 1: REGLUX 540 LED 830 3200LM 26W, karta katalogowa, certyfikat CE, atest PZH;
 - Zad. 1 poz. 2: REGLUX 540 LED 830 4300LM 36W, karta katalogowa, certyfikat CE, atest PZH.
- 2) w zakresie zad. 1 poz. 7 przedstawia próbkę lampy OWA FL LED 0000-PL-AP-3W-CT-1h-NMTS-CW-L040-9016-RND, która pracuje w trybie pracy awaryjnej i posiada wymagany czas pracy awaryjnej 60 minut;
- 3) w zakresie zad. 1 poz. 8 dostarcza próbki: NECTRA IP44 20W/25W OBUDOWA NATYNKOWA PC.

Pismem z dnia 1 października 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części odnoszącej się do niespełnienia przez oferowany przez Przystępującego asortyment parametrów wymaganych przez Zamawiającego w specyfikacji asortymentowo – cenowej dla zadania 1 w zakresie pozycji:

- 1 i 2 – w zakresie kąta rozsiewu,
- 3 – w zakresie temperatury pracy, klasy ryzyka fotobiologicznego i kąta rozsiewu,

- 4 – w zakresie klasy ryzyka fotobiologicznego,
- 5 – w zakresie klasy ryzyka fotobiologicznego, kąta rozsiewu, trwałości eksploatacyjnej oraz średnicy otworu montażowego,
- 6 – w zakresie klasy ryzyka fotobiologicznego, kąta rozsiewu, trwałości eksploatacyjnej oraz średnicy otworu montażowego.

Odnosząc się do zgodności z wymaganiami Zamawiającego zaoferowanych przez Przystępującego opraw producenta Lena Lighting, tj. opraw dla poz. 3 TYTAN LED 4200lm IP66 830 (29W), dla poz. 4 CAMEA SMD LED 16W KLOSZ MAT BIAŁY 3000K LC oraz dla poz. 5 i 6 NECTRA LED IP44 20W 3000K, Izba uznała za zasadne stanowisko Odwołującego, iż produkty te nie spełniają parametrów określonych w specyfikacji asortymentowo-cenowej wyszczególnionych przez Odwołującego w tabeli 1 odwołania.

Izba uznała za wiarygodne złożone przez Odwołującego dowody potwierdzające niezgodność opraw TYTAN LED 4200lm IP66 830 (29W) z wymaganiami w zakresie temperatury pracy, klasy ryzyka fotobiologicznego oraz kąta rozsiewu. Odwołujący przedstawił kartę katalogową ww. produktu, z której wynikała klasa ryzyka fotobiologicznego na poziomie „1” (Zamawiający wymagał klasy „0”) oraz temperatura pracy od -15°C do +35°C (Zamawiający wymagał do +50 °C). Odwołujący przedstawił także wiadomość e-mail od upoważnionego przedstawiciela producenta potwierdzającą, iż kąt rozsiewu przekracza określony w specyfikacji kąt maksymalny 90° (i wynosi 108,8/112,2). Przystępujący nie kwestionował, że dane wskazane w karcie katalogowej oraz wiadomości e-mail nie odnoszą się do urządzenia, które zaoferował, podnosząc jedynie, że bardziej wiarygodne jest złożone przez niego oświadczenie producenta – Lena Lighting.

Izba nie podzieliła powyższego stanowiska Przystępującego. Złożone przez niego oświadczenie producenta zostało oparte wyłącznie na ogólnym zapewnieniu o spełnieniu wymagań Zamawiającego, których treść przytoczono. W oświadczeniu nie odwołano się do konkretnego asortymentu zaoferowanego przez Przystępującego, co czyniło niemożliwym ustalenie czy producent weryfikował pod kątem spełnienia wymagań właśnie te oprawy, które stanowiły przedmiot oferty. Producent nie wskazał także konkretnych parametrów urządzeń, a zatem nie sposób skonfrontować ich z tymi parametrami, jakie wynikają z dowodów złożonych przez Odwołującego. Powyższe czyni oświadczenie producenta złożone przez Przystępującego dowodem o znikomej przydatności. Samo poprzestanie przez Przystępującego na oświadczeniu, że to producent na podstawie treści SIWZ opracowywał ofertę, to zbyt mało by przesądzić o jej zgodności z postawionymi w SIWZ wymaganiami. Wątpliwości co do zgodności zaoferowanych opraw z treścią SIWZ potęguje okoliczność, iż Przystępujący na potwierdzenie spełnienia wymagań Zamawiającego złożył kartę katalogową dla innego produktu niż zaoferowany, tj. dla oprawy TYTAN LED 1150 MM 4500 LM IP66 840

(29W) – WS, a nie TYTAN LED 4200LM IP66 830 (29W). Na powyższe zwrócił uwagę Odwołujący w toku rozprawy, czemu Przystępujący w zasadzie nie zaprzeczył.

Dodać należy, że Przystępujący w złożonym piśmie procesowym, odnosząc się do parametrów klasy ryzyka fotobiologicznego i kąta rozsiewu opraw Lena Lighting odwołał się do argumentacji podnoszonej w zakresie opraw ES-System, która jednak w ocenie Izby nie była argumentacją adekwatną do omawianego przypadku. W przypadku opraw ES-System dla wykazania spełnienia parametru klasy ryzyka fotobiologicznego Przystępujący przedstawił wywód o istotnym znaczeniu wyników badań fotobiologicznych, które złożył, tymczasem dla opraw Lena Lighting żadne sprawozdania z badań fotobiologicznych nie zostały złożone, a zatem argumentacja w tym zakresie zaczerpnięta z uzasadnienia spełnienia parametrów przez oprawy ES-System nie miała zastosowania do opraw Lena Lighting. Z kolei w odniesieniu do parametru kąta rozsiewu w przypadku opraw ES-System Przystępujący wskazywał na sposób ustalania połówkowego kąta rozsyłu (konieczność podzielenia wskazanego w karcie katalogowej kąta rozsyłu na pół), składając w tym zakresie korespondencję z producentem. W przypadku opraw Lena Lighting Przystępujący nie odnosił się bezpośrednio do wartości wynikających ze złożonych przez Odwołującego dowodów i nie złożył dokumentów mających potwierdzać, że również w tym przypadku wartości wskazywane przez Odwołującego nie stanowią wartości kąta połówkowego. Co więcej, Odwołujący złożył wydruk korespondencji mailowej z przedstawicielem firmy Lena Lighting, w której posługiwano się wprost terminologią „kąta połówkowego” dla opraw TYTAN LED i z której wynikało, że przekracza on parametr określony przez Zamawiającego (kątem maksymalnym 90°). Tym samym odwoływanie się przez Przystępującego w kontekście opraw producenta Lena Lighting do własnej argumentacji dotyczącej opraw ES-System jest tak naprawdę odwołaniem pustym, niczym nie uwiarygodnionym i nieadekwatnym do skonkretyzowanych zarzutów.

W tym stanie rzeczy, w ocenie Izby, zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazywał na niezgodność zaoferowanych przez Przystępującego opraw TYTAN LED 4200LM IP66 830 (29W) z wymaganiami Zamawiającego w zakresie klasy ryzyka fotobiologicznego, kąta rozsyłu oraz temperatury pracy.

Analogiczną argumentację należy przedstawić w stosunku do opraw CAMEA SMD LED 16W KLOSZ MAT BIAŁY 3000K LC z poz. 4. Izba uznała za wiarygodne złożone przez Odwołującego dowody potwierdzające niezgodność ww. opraw z wymaganiami w zakresie klasy ryzyka fotobiologicznego. Odwołujący przedstawił kartę katalogową ww. produktu, z której wynikała klasa ww. ryzyka na poziomie „1”, a nie wymagana przez Zamawiającego klasa „0”. Przystępujący nie kwestionował, że dane wskazane w karcie katalogowej nie odnoszą się do urządzenia, które zaoferował, nie kwestionował również wiarygodności tych dokumentów, podnosząc jedynie, że bardziej wiarygodne jest złożone przez niego

oświadczenie producenta – Lena Lighting. Ww. producent złożył jedno oświadczenie dla wszystkich rodzajów opraw, a zatem Izba podtrzymuje w pełni argumentację przedstawioną w tym zakresie powyżej, w części uzasadnienia odnoszącej się do opraw TYTAN LED. Złożone przez Przystępującego oświadczenie producenta zostało oparte wyłącznie na treści postanowień SIWZ, producent jedynie w sposób ogólny zapewnił o spełnieniu wymagań Zamawiającego, które przytoczył. W oświadczeniu nie odwołano się do konkretnego asortymentu zaoferowanego przez Przystępującego, co nie pozwala na ustalenie czy producent weryfikował pod kątem spełnienia wymagań właśnie te oprawy. Producent nie wskazał także konkretnych parametrów urządzeń, a zatem nie sposób skonfrontować ich z tymi parametrami, jakie wynikają z dowodu złożonego przez Odwołującego. Powyższe czyni oświadczenie producenta złożone przez Przystępującego dowodem o znikomej przydatności. Samo poprzestanie przez Przystępującego na oświadczeniu, że to producent na podstawie treści SIWZ opracowywał ofertę, to zbyt mało by przesądzić o jej zgodności z postawionymi wymaganiami. Również w tym przypadku Przystępujący na potwierdzenie spełnienia wymagań Zamawiającego do pisma procesowego dołączył kartę katalogową dla innego produktu niż zaoferowany, tj. dla oprawy CAMEA SMD LED 16W KLOSZ MAT BIAŁY 4000K LC, a nie CAMEA SMD LED 16W KLOSZ MAT BIAŁY 3000K LC, co poddaje w wątpliwość stanowisko Przystępującego. Przystępujący nie wykazał, aby parametry tego produktu były tożsame z parametrami produktu oferowanego (przy czym już z samej nazwy produktu wynika różnica w zakresie temperatury barwowej).

Taka sama sytuacja zachodzi w przypadku opraw NECTRA LED 20W 3000K z poz. 5 i 6. Izba uznała za wiarygodne złożone przez Odwołującego dowody potwierdzające niezgodność opraw NECTRA LED z wymaganiami w zakresie średnicy otworu montażowego, klasy ryzyka fotobiologicznego, kąta rozsiewu oraz trwałości eksploatacyjnej. Odwołujący przedstawił kartę katalogową ww. produktu, z której wynikała klasa ryzyka fotobiologicznego na poziomie „1” oraz średnica otworu montażowego przekraczająca wymagane 190mm. Odwołujący przedstawił także wiadomość e-mail od upoważnionego przedstawiciela producenta potwierdzającą, iż kąt rozsiewu przekracza określony w specyfikacji kąt maksymalny 90° (i wynosi 102,2°) oraz trwałość eksploatacyjną oprawy na poziomie 35 000h, czyli niższym niż wymagany Przystępujący nie kwestionował, że dane wskazane w karcie katalogowej oraz wiadomości e-mail nie odnoszą się do urządzenia, które zaoferował, podnosząc jedynie, że bardziej wiarygodne jest złożone przez niego oświadczenie producenta – Lena Lighting.

Izba, analogicznie jak w wyżej omówionych przypadkach, nie podzieliła powyższego stanowiska Przystępującego. Złożone oświadczenie producenta zostało oparte wyłącznie na treści postanowień SIWZ, producent jedynie w sposób ogólny zapewnił o spełnieniu wymagań

Zamawiającego, które przytoczył. W oświadczeniu nie odwołano się do konkretnego asortymentu zaoferowanego przez Przystępującego, w rezultacie czego nie jest możliwe ustalenie czy producent weryfikował pod kątem spełnienia wymagań właśnie te oprawy, które zaoferowano. Producent nie wskazał także konkretnych parametrów urządzeń, a zatem nie sposób skonfrontować ich z tymi parametrami, jakie wynikają z dowodów złożonych przez Odwołującego, zwłaszcza z informacjami wskazanymi przez przedstawiciela producenta w korespondencji z Odwołującym. Samo poprzestanie przez Przystępującego na oświadczeniu, że to producent na podstawie treści SIWZ opracowywał ofertę, to zbyt mało by przesądzić o jej zgodności z postawionymi wymaganiami. Również w przypadku opraw NECTRA LED 20W 3000K Przystępujący jako dowód złożył kartę katalogową dla innego niż zaoferowane urządzenia - NECTRA LED IP44 20W 4000K. Przystępujący nie wykazał, aby parametry tego produktu były tożsame z parametrami produktu oferowanego (przy czym już z samej nazwy produktu wynika różnica w zakresie temperatury barwowej).

W przypadku opraw NECTRA LED aktualne pozostaje także stanowisko Izby przedstawione w odniesieniu do opraw TYTAN LED co do nieadekwatności odwoływania się przez Przystępującego w zakresie parametrów klasy ryzyka fotobiologicznego do argumentacji podnoszonej dla opraw ES-System, wobec braku złożenia wyników badań fotobiologicznych. Również w zakresie parametru kąta rozsiewu w przypadku opraw Lena Lighting Przystępujący nie odnosił się bezpośrednio do wartości wynikających ze złożonych przez Odwołującego dowodów i nie złożył dokumentów mających potwierdzać, że także w tym przypadku – tak jak dla opraw ES-System - wartości wskazywane przez Odwołującego nie stanowią wartości kąta połówkowego. Okoliczność przeciwna wynika z dowodów złożonych przez Odwołującego - w treści korespondencji mailowej z przedstawicielem firmy Lena Lighting, posłużono się wprost terminologią „kąta połówkowego” dla opraw NECTRA LED. Z korespondencji tej wynikało, że kąt połówkowy tych opraw przekracza parametr określony przez Zamawiającego (kąt maksymalny 90°). Tym samym odwoływanie się przez Przystępującego w kontekście opraw producenta Lena Lighting do własnej argumentacji dotyczącej opraw ES-System pozostaje nieadekwatne, niewiarygodne i nie odpowiada skonkretyzowanym zarzutom.

Izba uwzględniła również zarzut dotyczący niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ w odniesieniu do opraw REGLUX firmy ES-System (poz. 1 i 2) w zakresie kąta rozsiewu. W ocenie Izby argumentacja Przystępującego, przedstawiona w piśmie procesowym nie została poparta wiarygodnymi dowodami, poza lakonicznym stwierdzeniem przedstawiciela producenta, że „oprawa REGLUX charakteryzuje się rozsylem kątowym 128st./107st., czyli kąty połówkowe to 64 st./53,5 st.” Przystępujący nie przedstawił jakichkolwiek dokumentów, które potwierdzałyby wartości kątów połówkowych opraw REGLUX. Tymczasem Odwołujący na rozprawie złożył wydruki ze strony internetowej firmy

ES-System dla obu opraw REGLUX zaoferowanych przez Przystępującego, z których wynika, że wartości 128,2° oraz 107,2° (odpowiadające wartości 128° wskazanej w karcie katalogowej oraz danym podanym w korespondencji Przystępującego z przedstawicielem producenta), to wartości właśnie dla kątów połówkowych. Przystępujący nie zakwestionował ani źródła tych dokumentów, ani tego czy odnoszą się one do opraw przez niego zaoferowanych. Powyższe pozwala stwierdzić, iż użyte w karcie katalogowej złożonej przez Przystępującego stwierdzenie „kąt rozsyłu światłości” oznacza właśnie wartość „kąta połówkowego”. Potwierdza to dokumentacja postępowania - Zamawiający w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców wskazał, iż poprzez „kąt rozsiewu” rozumie „kąt połówkowy rozsiewu świecenia oprawy.” Również wykonawca, który zwrócił się z ww. pytaniem przez „kąt rozsiewu” rozumiał „kąt połówkowy”, a Zamawiającego poprosił jedynie o potwierdzenie tego faktu. W tym stanie rzeczy, w ocenie Izby okoliczności sprawy nie wskazują, aby sformułowanie „kąt rozsyłu światłości” użyte w karcie katalogowej ES-System należało rozumieć odmiennie, bynajmniej Przystępujący nie przedstawił w tym zakresie wiarygodnej argumentacji, pozostając biernym wobec dowodów złożonych przez Odwołującego podczas rozprawy, w których wprost odwołano się do wartości kątów połówkowych opraw REGLUX.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wskazany w pkt 1.1 uzasadnienia odwołania, oparty na okoliczności, iż Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego, który złożył dla poz. 1 i 2 próbki, dokumenty i certyfikaty dla innych opraw (LUG Light Factory) niż zaoferowane w ofercie (Es-System) i wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Rozpoznając omawiany zarzut, przede wszystkim należało dokonać oceny, jaki charakter i znaczenie, zgodnie z postanowieniami SIWZ, Zamawiający nadał dokumentom składanym przez wykonawców w postępowaniu, których katalog został zawarty w pkt IX.1 ppkt 1-4 SIWZ - tj. czy stanowiły one treść oferty, czy też stanowiły tzw. dokumenty przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, mające potwierdzać, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego. Różnica pomiędzy dokumentami składającymi się na treść oferty, konkretyzującymi świadczenie wykonawcy, a dokumentami przedmiotowymi, które mają na celu jedynie potwierdzić zgodność zaoferowanego świadczenia z wymaganiami Zamawiającego, ma istotne (a dla przedmiotowej sprawy kluczowe) znaczenie, ponieważ dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mogą być uzupełniane w trybie określonym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w przeciwieństwie do dokumentów, które tworzą merytoryczną treść oferty.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Jak wynika z § 13 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126, dalej jako „Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów”) w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności:

- 1) próbek, opisów, fotografii, planów, projektów, rysunków, modeli, wzorów, programów komputerowych oraz innych podobnych materiałów, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego;
- 2) certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę, jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność z wymaganiami lub cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia;
- 3) zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym;
- 4) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę określonych norm zapewnienia jakości, jeżeli zamawiający odwołuje się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich seriach norm europejskich;
- 5) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełnienia przez wykonawcę wymogów określonych systemów lub norm zarządzania środowiskowego, jeżeli zamawiający wskazuje środki zarządzania środowiskowego, które wykonawca będzie stosował podczas wykonywania zamówienia publicznego, odwołując się do unijnego systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub do innych norm zarządzania środowiskowego opartych na odpowiednich normach europejskich lub międzynarodowych opracowanych przez akredytowane jednostki.

Zgodnie z 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą

wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Powyższe regulacje w sposób jednoznaczny przesądzają, iż możliwe jest wzywanie wykonawców na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w zakresie obejmującym dokumenty składane w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, wskazane w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli są one niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości. W sytuacji zatem, gdy na gruncie postanowień SIWZ, określonym dokumentom można nadać charakter dokumentów przedmiotowych, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp znajduje zastosowanie. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 18 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1158/14 „wobec przyjętej przez ustawodawcę techniki legislacyjnej, oczywiste jest, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - odsyłając do kategorii dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp - dotyczy wszystkich rodzajów dokumentów, które wyszczególnione zostały w rozporządzeniu wykonawczym wydanym na mocy art. 25 ust. 2 ustawy Pzp.”

W ocenie Izby, Zamawiający w sposób jasny i jednoznaczny wyartykułował w treści SIWZ, że w przedmiotowym postępowaniu dokumenty takie jak certyfikaty CE, deklaracje zgodności, atesty higieniczne, świadectwa dopuszczenia CNBOP oraz próbki zaofertowanego asortymentu, miały charakter dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i § 13 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Zamawiający w treści punktu IX.1 SIWZ wskazał, iż składane na wezwanie Zamawiającego dokumenty wymienione w ppkt 1-4 mają zostać złożone „w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego” - cel złożenia ww. dokumentów został zatem wprost określony, a było nim potwierdzenie, że oferowany asortyment spełnia wymagania Zamawiającego i cel ten odpowiada dyspozycji art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Skoro zatem Zamawiający wymagał złożenia tych dokumentów w takim charakterze, to ze wszelkimi konsekwencjami wynikającymi z przepisów ustawy Pzp, a zatem m.in. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie procedury uzupełniania tych dokumentów, jak i wyjaśniania ich treści (tak m.in. wyrok KIO z dnia 6 maja 2016 r., sygn. akt KIO 608/16, wyrok KIO z dnia 20 marca 2015 r., sygn. akt KIO 426/15). Tak ukształtowane postanowienia SIWZ nie były kwestionowane przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a zatem wiązały zarówno wykonawców w dacie składania ofert, jak i Zamawiającego na etapie ich oceny.

W konsekwencji nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego, który wywodził, że złożenie przez Przystępującego dokumentów innego producenta niż wskazany w ofercie

stanowiło oświadczenie o zaoferowaniu innych produktów niż wskazane w ofercie, a w sprawie miały miejsce niedopuszczalne negocjacje treści oferty. Złożone przez Przystępującego na wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp dokumenty dotyczące oprav dla poz. 1 i 2 były składane w celu potwierdzenia, że zaoferowany asortyment spełnia wymagania SIWZ. To treść oferty determinowała produkty jakiego producenta oferował Przystępujący, a nie treść składanych dokumentów przedmiotowych, których ustawowym celem jest jedynie potwierdzenie spełnienia wymagań zamawiającego, a nie definiowanie treści oferty. Nie można tym dokumentom przypisywać innego znaczenia niż wynikające z przepisów prawa. Przystępujący, na wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp nie złożył wymaganych w pkt IX.1 SIWZ dokumentów przedmiotowych dla oprav z pozycji 1 i 2 zadania 1, a zatem sytuacja ta objęta była dyspozycją art. 26 ust 3 ustawy Pzp, przewidującą obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów „jeżeli wykonawca nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.” Odwołujący w treści odwołania nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji, która miałaby wskazywać, że dokumenty wyspecyfikowane w pkt IX.1 SIWZ nie miały charakteru dokumentów przedmiotowych, określonych w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i wzywanie do ich uzupełnienia było w tym przypadku niedopuszczalne.

Powyższa argumentacja znajduje pełne zastosowanie w odniesieniu do podstaw faktycznych zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp opisanych w pkt 1.2 odwołania. Stanowisko Odwołującego w powyższym zakresie zostało również oparte na okoliczności nieuprawnionego wezwania Przystępującego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp próbki dla zad. 1 poz. 7, przy czym słusznie wskazywał Przystępujący, że Odwołujący nie stawiał zarzutu naruszenia ww. przepisu. W ocenie Izby także ww. próbka, jaką należało złożyć na wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp miała charakter dokumentu przedmiotowego, a Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji mogącej przemawiać za przyjęciem przeciwnego stanowiska.

Jak podnosi się w orzecznictwie, próbka może służyć ustaleniu zgodności przedmiotu oferty z SIWZ, sprawdzeniu jego szczegółowych parametrów, zwartościowaniu cechy tego przedmiotu według przyjętych kryteriów pozacenowych, a wreszcie - zbadaniu, czy oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. W tym ostatnim przypadku mamy do czynienia z dokumentem potwierdzającym, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego, w postaci próbki, który to dokument podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Natomiast w sytuacji, gdy próbka traktowana jest w kategorii treści oferty, nie podlega ona uzupełnieniu, zaś próba dopełnienia oferty o niezłączoną do niej próbkę, bądź zamiany próbki nie spełniającej wymagań postawionych

w SIWZ, skutkuje uznaniem, że mamy do czynienia z ofertą niezgodną z SIWZ bądź następczą - po terminie składania ofert zmianą oferty, co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (por. m.in. wyrok KIO z dnia 17 września 2015 r., sygn. akt KIO 1937/15, wyrok KIO z dnia 9 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1496/13, wyrok KIO z dnia 12 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2511/13). W konsekwencji, odnosząc się do przewidzianej dla próbki roli w postępowaniu należy każdorazowo ustalić, jakimi intencjami kierował się zamawiający, wprowadzając wymóg załączenia jej do oferty. Przyjmuje się, że w tej mierze rozstrzygające są postanowienia SIWZ opracowanej na użytek konkretnego postępowania (por. m.in. wyrok KIO z dnia 12 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2511/13, wyrok KIO z dnia 17 września 2015 r., sygn. akt KIO 1937/15).

W ocenie Izby, w treści postanowień SIWZ, Zamawiający w sposób jasny i jednoznaczny wyartykułował, że w przedmiotowym postępowaniu próbki opraw miały charakter tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i § 13 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Jak omówiono już powyżej, Zamawiający w treści punktu IX.1 SIWZ wskazał, iż składane certyfikaty CE, deklaracje zgodności, atesty higieniczne, świadectwa dopuszczenia CNBOP oraz próbki zaoferowanego asortymentu były wymagane w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego i składane na wezwanie, przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Cel złożenia próbek opraw oświetlenia został wprost określony, a było nim potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego, a nie konkretyzacja treści oferty. A zatem Zamawiający był uprawniony wezwać Przystępującego do uzupełnienia ww. dokumentu (próbki) dla zad. 1 poz. 7.

W odniesieniu do zarzutu z pkt 1.3 odwołania Izba stwierdziła, iż rację miał Odwołujący wskazując, że Przystępujący zaniechał złożenia wymaganej przez Zamawiającego deklaracji zgodności lub certyfikatu CE oraz atestu higienicznego PZH dla oprawy CAMEA SMD LED 16W KLOSZ MAT BIAŁY 3000K LC, gdyż dokumenty te nie znajdują się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia.

Niemniej słusznie wskazywał Przystępujący, że okoliczność braku złożenia tych dokumentów nie była przedmiotem wezwania wystosowanego przez Zamawiającego w dniu 24 września 2019 r. do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba ustaliła, iż pierwsze wezwanie zostało wystosowane w dniu 19 sierpnia 2019 r. i stanowiło wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Było to zatem wezwanie do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności zawarte w ofercie Przystępującego, a nie wezwanie do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ww. przepis służy uzupełnianiu dokumentów, które nie pozwalają na pozytywną ocenę wykonawcy w kontekście spełnienia warunków podmiotowych oraz jego oferty w kontekście spełnienia wymagań zamawiającego. Wezwania oparte o treść art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp mają całkiem odmienne znaczenie. Pierwsze jest standardowym wezwaniem kierowanym do wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, zaś dopiero wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ma z zadanie konwalidację złożonej oferty przez wezwanie o dokumenty, które nie były złożone uprzednio (por. wyrok KIO z dnia 2 maja 2018 r., sygn. akt KIO 596/18).

W konsekwencji, mając na uwadze, że – jak szczegółowo omówiono we wcześniejszej części uzasadnienia – dokumenty wskazane w pkt IX.1 SIWZ miały charakter dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, to w przypadku stwierdzenia, iż zawierają one braki, błędy lub budzą wątpliwości Zamawiającego, Zamawiający jest zobowiązany wezwać Przystępującego do ich uzupełnienia. Wezwanie wystosowane do Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w dniu 24 września 2019 r. nie wskazywało na okoliczność zaniechania złożenia przez Odwołującego dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia wymagań Zamawiającego postawionych względem produktu z poz. 4 zad. 1. Zamawiający wezwał Przystępującego wyłącznie do złożenia dokumentów w oryginale lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Co istotne, Zamawiający w dalszej części wezwania w sposób szczegółowy wskazał na braki w dokumentach dotyczących innych pozycji asortymentowych, wśród których nie było jednak pozycji czwartej.

Dlatego też Izba stwierdziła, że odrzucenie oferty Przystępującego w tak ustalonym stanie faktycznym, czego domaga się Odwołujący, byłoby działaniem przedwczesnym. Izba podziela niepisaną, aczkolwiek wyrażaną w orzecznictwie i doktrynie zasadę jednokrotności wezwania wykonawców do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jednakże należy podkreślić, że dotyczy ona jednokrotności żądania uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów z tej samej przyczyny. Zamawiający może zatem skorzystać z procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wobec tego samego wykonawcy tylko jeden raz w tym samym przedmiocie. Odmienne rozumienie dyspozycji tego przepisu prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Dlatego też zamawiający wystosowując wezwanie w tym trybie powinien wskazać precyzyjnie, jakich dokumentów ono dotyczy, jakie stwierdził błędy lub wątpliwości oraz na czym opiera swoje zastrzeżenia. Dokumenty, co do których kierowane jest wezwanie,

powinny być jednoznacznie określone, to treść wezwania determinuje bowiem ocenę czy wykonawca w sposób prawidłowy złożył żądane oświadczenia lub dokumenty i czy ewentualne wezwanie go przez Zamawiającego ponownie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie naruszałoby przepisów ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się. Mając na uwadze treść art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy zauważyć, iż w przypadku braku złożenia dokumentów, o których mowa w tym przepisie, prawidłowe działanie zamawiającego powinno polegać na wezwaniu do uzupełnienia oferty i przesłania dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego (por. m.in. wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 1025/19). Odwołujący nie postawił jednak w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wobec czego zaniechania Zamawiającego w tym zakresie nie podlegały ocenie Izby, jako że na mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu. Niemniej wskazać należy, że wobec stwierdzenia przez Izbę podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wzywanie go do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp byłoby w obecnym stanie faktycznym bezprzedmiotowe. Jak stanowi ww. przepis obowiązek zamawiającego do wezwania wykonawcy w tym trybie nie aktualizuje się w sytuacji, gdy mimo złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, a z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

Izba nie uwzględniła zarzutu z pkt 1.4 odwołania, opartego na oświadczeniu przez Przystępującego, że dla pozycji nr 8 ofertuje produkt stanowiący obudowę natynkową bez oprawy oświetleniowej, a zatem produkt niezgodny z SIWZ. Argumentacja Odwołującego sprowadzała się co do zasady jedynie do użytej w treści pisma Przystępującego z dnia 26 września 2019 r. nazwy produktu oferowanego w zakresie poz. 8. Okoliczność, że wskazana nazwa produktu była zbieżna z nomenklaturą stosowaną przez producenta dla obudowy natynkowej (czyli akcesorium do oprawy) w zasadzie nie była sporna. Niemniej w ocenie Izby twierdzeniom Odwołującego, jakoby zamiarem Przystępującego było zaoferowanie jedynie obudowy natynkowej, bez opraw, przeczy nie tylko treść oferty Przystępującego, w której zobowiązał się on do dostarczenia oprawy nastropowej, nie zaś samej obudowy, ale również treść pisma Przystępującego z dnia 21 sierpnia 2019 r. i złożone przez niego próbki oferowanego asortymentu. Jak zweryfikowano podczas oględzin próbek dostarczonych przez Zamawiającego na rozprawę, dla pozycji 8 specyfikacji asortymentowo – cenowej zadania 1 złożone zostały po dwie próbki zarówno oprawy NECTRA LED IP44, jak i obudowy NECTRA LED IP44 20W/25W OBUDOWA NATYNKOWA PC. Nie miał zatem racji Odwołujący, iż

Przystępujący złożył jako próbkę wyłącznie obudowę, bez koniecznych opraw. Z kolei podnoszona przez Odwołującego na rozprawie okoliczność, iż Przystępujący złożył zbyt mało próbek dla opraw z poz. 5 i 6 (którymi także były oprawy NECTRA LED IP44 nie była objęta zakresem zaskarżenia i nie stanowiła przedmiotu rozstrzygnięcia Izby.

Okoliczności, że Przystępujący zaoferował dla zad. 1 poz. 8 jedynie obudowę, a nie obudowę i oprawę, nie potwierdza także wskazana w specyfikacji asortymentowo – cenowej cena produktu w poz. 8, na którą zwracał uwagę Odwołujący. Przystępujący złożył oświadczenie producenta przedmiotowych opraw – firmy Lena Lighting, które potwierdzało, iż cena ta obejmowała zarówno oprawy, jak i obudowy, a Przystępującemu na tą pozycję zaoferowany został rabat w stosunku do pozostałych pozycji asortymentowych. Fakt, że elementem kalkulacji ceny ofertowej były także oprawy w liczbie 30 szt. dla poz. 8 zadania 1, potwierdza treść załącznika nr 1 do oświadczenia producenta Lena Lighting z dnia 17 października 2019 r., w którym jako łączną liczbę opraw NECTRA LED wskazano minimum 280 szt., co stanowi minimalną liczbę opraw po zsumowaniu wymaganych przez Zamawiającego ilości z poz. 5 (200 szt.), 6 (50 szt.) i 8 (30 szt.) zadania 1.

W ocenie Izby nie potwierdził się także zarzutu dotyczący niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ w odniesieniu do opraw REGLUX firmy ES-System (poz. 1 i 2) w zakresie klasy ryzyka fotobiologicznego (pkt. 1.5 odwołania).

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby zaoferowane oprawy faktycznie nie spełniały wymogu wynikającego z SIWZ w tym zakresie. Izba za bardziej wiarygodne w tym przypadku uznała oświadczenie przedstawiciela producenta ES-System, który wskazał, iż oprawa znajduje się w „0” grupie bezpieczeństwa fotobiologicznego. Odwołujący w tym zakresie powoływał się wyłącznie na treść karty katalogowej, która jednak według złożonego przez Przystępującego oświadczenia producenta była kartą nieaktualną. Sam Odwołujący podczas rozprawy przyznał, iż „nie kwestionuje, że ten produkt może być produkowany także z klasą ryzyka fotobiologicznego 0”. A zatem zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie przesądza jednoznacznie o niezgodności oferowanego przez Przystępującego asortymentu z wymaganiami SIWZ.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 5 ust. 2 pkt 2) w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zasądając od

wykonawcy wnoszącego sprzeciw (Przystępującego) kwotę w łącznej wysokości 11 100 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika. Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego uzasadnione koszty Odwołującego obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika do wysokości określonej w § 3 pkt 2 lit. b) ww. Rozporządzenia, tj. do kwoty 3600 zł (faktura przedstawiona na rozprawie wystawiona została na kwotę wyższą).

Ponadto Izba wskazuje, iż podziela pogląd ugruntowany w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i prezentowany w orzecznictwie Izby, że w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek (por. m.in. postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 830/18, postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 630/18, wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 525/18, KIO 526/18, wyrok KIO z dnia 5 października 2018 r., sygn. akt KIO 1894/18). Izba zważyła, że częściowe uwzględnienie odwołania w zakresie określonym w punkcie 1 sentencji wyroku czyniło w pełni zadość żądaniu Odwołującego, którym objęte było unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert i odrzucenie oferty Przystępującego. Finalny wynik postępowania odwoławczego prowadził zatem do sytuacji, w której pomimo oddalenia odwołania w zakresie obejmującym część zarzutów, istotna waga tych zarzutów, które zostały uwzględnione, spowodowała, iż zapadłe rozstrzygnięcie jest w pełni zgodne z żądaniem Odwołującego zgłoszonym w odwołaniu, wszystkie podniesione zarzuty zmierzały bowiem do wyeliminowania oferty Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i skutek ten został osiągnięty. W konsekwencji kosztami postępowania obciążono wykonawcę wnoszącego sprzeciw w całości.

Przewodniczący: