

Sygn. akt KIO 701/20

WYROK
z dnia 19 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę DP System Sp. z o.o. w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Miasto Zduńska Wola

przy udziale wykonawcy Pollight Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego oraz wykonawcy LUG Light Factory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego

orzeka:

- 1.1. uwzględni odwołanie i nakazuje Miastu Zduńska Wola unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty Pollight Sp. z o.o. w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu nie spełnienia wymagania opisanego w pkt VI.8.2 lit. c) SIWZ - złożenia certyfikatu ENEC Plus lub równoważnego potwierdzającego, że oferowany produkt spełnia wymagania dla otrzymania certyfikatu ENEC Plus dla oprawy oświetleniowej (dotyczy opraw ulicznych), oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 1.2. oddała odwołanie w pozostałym zakresie.

2. kosztami postępowania obciąża Pollight Sp. z o.o. w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Pollight Sp. z o.o. w tytule wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Pollight Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz DP System Sp. z o.o. w Łodzi kwotę 3.600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiące uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 701/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Zduńska Wola – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Miasta Zduńska Wola. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 507950-N-2020 6 lutego 2020 r. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego 27 marca 2020 r. informacji o wyniku postępowania 1 kwietnia 2020 r. wykonawca DP System Sp. z o.o. w Łodzi wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. 89 ust 1 pkt 2 Pzp przez niedokonanie przez zamawiającego odrzucenia oferty Pollight sp. z o.o., mimo, że oferta wykonawcy nie odpowiada treści Specyfikacji

Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako: „SIWZ” w zakresie wymagań dotyczących posiadania przez zaofertowane oprawy certyfikatu akredytowanego ośrodka badawczego, potwierdzającego spełnienie deklarowanych parametrów elektrycznych i stosowanie systemu zarządzania jakością procesów produkcji - certyfikat ENEC PLUS (dotyczy opraw ulicznych) lub równoważnego, co powoduje, że postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez niedokonanie przez zamawiającego odrzucenia oferty Pollight sp. z o.o., mimo że oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ oraz jej załącznikom, tj. treści załącznika nr 5 - Programu Funkcjonalno-Użytkowy w zakresie braku przekazania przez Pollight prawidłowego certyfikatu ENEC Plus wraz z wykazem przebadanych komponentów, mających potwierdzać wykonanie opraw oświetleniowych przeznaczonych do zainstalowania zgodnie z normami europejskimi, co powoduje, że postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
3. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP przez niedokonanie przez zamawiającego odrzucenia oferty Pollight sp. z o.o., pomimo że wykonawca przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd w zakresie dotyczącym uznania przedstawionego przez wykonawcę sprawozdania z badania dwóch opraw jako dokumentu równoważnego certyfikatowi ENEC Plus, podczas gdy przedstawione sprawozdanie z badania nie dotyczy zaofertowanych opraw, nie obejmuje całej rodziny opraw, a jedynie dwa egzemplarze przekazane do badania, w związku z czym nie może być traktowany jako równoważny;
4. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp przez niedokonanie przez zamawiającego odrzucenia oferty Pollight sp. z o.o., pomimo że zamawiający złożył w treści oferty oświadczenia niezgodne z prawdą, w tym w szczególności złożył oświadczenie o zapoznaniu się z treścią SIWZ oraz treścią wzoru umowy, podczas gdy w dalszej korespondencji przedstawiał i podtrzymywał wykonanie przedmiotu zamówienia w terminach niezgodnych z treścią SIWZ i umowy.

Odwołujący wniosk o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Pollight sp. z o.o.;
2. powtórzenie czynności wyboru ofert
3. odrzucenie oferty wykonawcy Pollight sp. z o.o., jako niespełniającej wymagań określonych przez zamawiającego w treści SIWZ,

4. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że badanie będące podstawą do wydania sprawozdania przedstawionego przez Pollight sp. z o.o. jest badaniem jedynie częściowym, co wynika wyraźnie z jego treści i obejmującym jedynie badanie w zakresie punktu 6.2., 6.4, 6.5. (4.3.2.). 7.1.2., 7.1.3. wg normy PN-EN 13032-4:2015-09. Ponadto nie obejmuje ono badania stosowania systemu zarządzania jakością procesów produkcji, w związku z czym nie może potwierdzać spełnienia pełnego zakresu wymagania określonego punktem III.7. SIWZ. Sprawozdanie z badania przedstawione przez Pollight sp. z o.o. ograniczone tylko do dwóch egzemplarzy opraw o konkretnych mocach, nie obejmuje zaoferowanych opraw oświetleniowych.

Odwołujący wskazał, że certyfikat ENEC PLUS, w przypadku wydania go dla rodziny opraw, wprost wymienia oprawy z danej „rodziny” objętej certyfikatem, co jest opisane w procedurze certyfikacji ENEC PLUS „PD ENEC 301 ANNEXE E” oraz wynika z treści certyfikatu, w którym wymienia się całe listy produktów objęte certyfikatem.

Odwołujący ocenił, że równoważny proces certyfikacji to proces zawierający te same zasady certyfikacji i jasno określający proces i kroki certyfikacji oraz przede wszystkim przedstawiający te same wnioski możliwe do wyciągnięcia z procesu certyfikacji.

Odwołujący zarzucił, że Pollight sp. z o.o. nie dostarczył przebadanych komponentów, co było żądane przez zamawiającego w PFU, w punkcie 3.4, ppkt 1 litera b.

Podniósł również, że Pollight sp. z o.o. złożył nieprawdziwe oświadczenie o zapoznaniu się z treścią SIWZ oraz wzorem umowy. W treści umowy, która jest załącznikiem do SIWZ, w § 2 ust. 1 wyraźnie wskazano na terminy wykonania zamówienia, tj. termin 1 czerwca 2020 r. dla dokumentacji projektowej oraz termin 30 października 2020 r. dla całego zadania. Termin wykonania zadania został także potwierdzony w treści SIWZ (punkt IV). Tymczasem Pollight sp. z o.o. oświadczył, że zamierza zrealizować przedmiot umowy niezgodnie z postanowieniami umowy do 31 października 2020 r.

Wykonawca Pollight Sp. z o.o. w Warszawie przystąpił do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, wykonawca LUG Light Factory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze przystąpił do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego. Przystępujący wnieśli odpowiednio o oddalenie odwołania i o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający pismem z 15 kwietnia 2020 r. uwzględnił w całości zarzuty odwołania, w związku z czym Pollight Sp. z o.o. pismem z 20 kwietnia 2020 r. wniósł sprzeciw.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt III.7 SIWZ zamawiający wskazał, że zaoferowane oprawy muszą być oznakowane znakiem CE oraz posiadać certyfikat akredytowanego ośrodka badawczego, potwierdzającego spełnienie deklarowanych parametrów elektrycznych i stosowanie systemu zarządzania jakością procesów produkcji - certyfikat ENEC (dotyczy opraw ulicznych i parkowych) i ENEC PLUS lub równoważny (dotyczy opraw ulicznych).

W pkt VI.8.2. SIWZ zamawiający wymagał przedstawienia następujących dokumentów potwierdzających, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego:

- a. deklaracji własności użytkowych pozwalającą na umieszczenie przez producenta znaku CE dla oprawy oświetleniowej;
- b. certyfikatu ENEC lub równoważnego wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 Pzp potwierdzającego, że oferowany produkt spełnia wymagania dla trzymania certyfikatu ENEC dla oprawy oświetleniowej (dotyczy opraw ulicznych i parkowych);
- c. certyfikatu ENEC Plus lub równoważnego wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 Pzp potwierdzającego, że oferowany produkt spełnia wymagania dla trzymania certyfikatu ENEC Plus dla oprawy oświetleniowej (dotyczy opraw ulicznych);
- d. kart katalogowych, specyfikacji technicznych lub innych dokumentów równoważnych podpisanych przez przedstawiciela producenta oprawy oświetleniowej, które posiadają niezbędne dane do potwierdzenia wymaganych dla niej parametrów i cech, określonych przez zamawiającego.

W pkt 3.4. ppkt 1 lit. b PFU zamawiający wymagał, aby oprawy oświetleniowe przeznaczone do zainstalowania posiadały certyfikat potwierdzający ich wykonanie zgodnie z normami europejskimi nadany przez niezależne laboratorium badawcze, posiadające akredytację na terenie Unii Europejskiej, m.in. certyfikat ENEC PLUS wraz z wykazem przebadanych komponentów.

W pkt IV SIWZ zamawiający ustalił termin wykonania zamówienia do 30 października 2020 r. Wzór umowy stanowiący załącznik Nr 4 do SIWZ w § 2 głosi:

1. Wykonawca zobowiązuje się zakończyć realizację przedmiotu zamówienia do dnia: 30.10.2020 r. w tym:

1) dokumentację projektową wraz z decyzją administracyjną pozwalającą na przeprowadzenie robót budowlano - montażowych – do 1 czerwca 2020 roku,

2) roboty budowlane i montażowe - do dnia 30 października 2020 roku.

2. Przez termin zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia należy rozumieć wykonanie wszystkich robót wskazanych w niniejszej umowie.

W toku postępowania zamawiający wyjaśniał treść SIWZ. W piśmie z 17 lutego 2020 r. w odpowiedzi na pytanie nr 4 zamawiający wyjaśnił, że przez certyfikat równoważny do ENEC+ rozumie spełnienie warunku równoważnego polegającego na przeprowadzeniu przez niezależne akredytowane na terenie Unii Europejskiej laboratorium, badania, które potwierdzi zgodność z normami obowiązującymi na jej terenie, parametrów funkcjonalnych wyrobu tj. na przykład: skuteczność świetlna, rozsył światłości, prąd i napięcie zasilania, strumień świetlny, luminacja, maksymalna temperatura pracy, temperatura barwowa, wskaźnik oddawania barw, moc, czy zakres temperatur otoczenia.

Pollight sp. z o.o. zaoferował oprawy oświetleniowe uliczne firmy Sinoco, jako model wskazując: seria ST-52.

Zamawiający uznał ofertę Pollight sp. z o.o. za najkorzystniejszą i wezwał na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy do złożenia oświadczeń i dokumentów. W odpowiedzi wykonawca złożył karty katalogowe: Sinoco ST 52-40W o mocy 38W, Sinoco ST-52 55W o mocy 53W oraz Sinoco ST-52 80W o mocy 78W. Załączył zostało dodatkowo sprawozdanie nr LO-19.054 z badania wyrobu wykonane przez Stowarzyszenie Elektryków Polskich Biuro Badawcze ds. Jakości dotyczące 2 konkretnych modeli opraw tj. Sinoco ST-52 30W oraz Sinoco ST-52 100W. Na stronie 3 sprawozdania znajduje się zastrzeżenie, że wyniki badania odnoszą się wyłącznie do badanych egzemplarzy wyrobów.

Pismem z 20 marca 2020 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał przystępującego do złożenia certyfikatu ENEC Plus lub równoważnego wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 Pzp potwierdzający, że oferowany produkt spełnia wymagania dla otrzymania certyfikatu ENEC Plus dla oprawy oświetleniowej (dotyczy opraw ulicznych). Zamawiający wskazał, że sprawozdanie z badania wyrobu dotyczy opraw ST-52 o mocy 30W oraz 100W zatem innych mocy, niż oferowanych w postępowaniu (wynikających z kart katalogowych). Ponadto, ze złożonego dokumentu wynika, że badania przeprowadzono w zakresie punktu 6.2, 6.4, 6.5 (+4.3.2), 7.1.2, 7.1.3 wg normy PN-EN 13032-4:2015-09 (EN 13032-4:2015) zatem nie odpowiadają one punktom normy badanym podczas procesu certyfikacji ENEC PLUS tj. pkt. 6.3, 7, 8.1, 8.2.3, 8.2.4, 8.2.5, 8.3. W odpowiedzi z 24 marca 2020 r. przystępujący wskazał m.in., że wybrane przez producenta i zbadane modele opraw ST-52 30W oraz ST-52 100W są kluczowymi przedstawicielami rodziny opraw ulicznych ST-52, a wyniki badań tych modeli są reprezentatywne dla pozostałych odmian tej rodziny

opraw, zgodnie z metodologią przyjętą dla badań na ENEC+. Wyjaśnił, że wybrał do badań na równoważność ENEC + reprezentatywne próbki opraw:

A) ST 52 30W - reprezentatywność danego modelu z serii ST 52 wynika z następujących cech technicznych:

- najniższa moc znamionowa z całej rodziny (od 30W do 150W);
- mały korpus (w rodzinie są 2 rozmiary korpusów);
- mały moduł LED;

B) ST 52 100W - reprezentatywność danego modelu z serii ST 52 wynika z następujących cech technicznych:

- moc pośrednia (moc kształtuje się mniej więcej w środku rozpiętości od 30W do 150W);
- większy korpus;
- większy moduł LED

Wskazał, że powyższe modele lamp pokrywają mocą i rozmiarami wszystkie zaoferowane oprawy ST 52 od 35W (mały korpus) do 75W (większy korpus). Na podstawie pomiarów na danych oprawach określa się parametry techniczne całej rodziny zaoferowanych opraw.

W toku postępowania zamawiający badał cenę oferty przystępującego. Do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę oferty przystępujący dołączył ofertę ECOLUCE sp. z o.o., w której jako termin wykonania dokumentacji projektowej wskazany został 31 października 2020 r. Kwestia ta była badana przez zamawiającego. Przystępujący w piśmie z 9 marca 2020 r. podaną datę uznał za prawidłową w świetle postanowienia SIWZ, jednak w piśmie z 12 marca 2020 r. oświadczenie to uznał za pomyłkę.

Na rozprawie w celu wykazania zgodności swojej oferty z SIWZ przystępujący złożył oświadczenie Stowarzyszenia Elektryków Polskich BBJ - Biura Badawczego ds. Jakości z 8 czerwca 2020 r. – jednostki certyfikującej posiadającej akredytację Polskiego Centrum Akredytacji. Stwierdzono w nim, że jednostka ta wykonała badanie nr LO-19.054 opraw Sinoco ST-52-30W oraz 100W i badanie nr LO-19.064 oprawy Sinoco ST-52M-150W jako opraw reprezentujących całą rodzinę opraw Sinoco. Wskazano w nim, że sprawozdanie potwierdza „spełnienie warunku równoważnego polegającego na przeprowadzeniu przez niezależne akredytowane na terenie Unii Europejskiej laboratorium, badania, które potwierdzi zgodność z normami obowiązującymi na jej terenie, parametrów funkcjonalnych wyrobu tj. na przykład: skuteczność świetlna, rozsył światłości, prąd i napięcie zasilania, strumień świetlny, luminacja, maksymalna temperatura pracy, temperatura barwowa, wskaźnik oddawania barw, moc, czy zakres temperatur otoczenia”. Wyjaśniono, że z uwagi na fakt, że oprawy posiadają certyfikat ENEC, założono przestrzeganie dla wszystkich wyrobów rygorystycznych warunków produkcji zakładając np. powtarzalność wyrobów, niezmienność certyfikowanych i wymienionych w certyfikatach ENEC komponentów,

przestrzeganie podczas produkcji procedur zarządzania jakością itp. Ponadto wykonując na zlecenie klienta badania przyjęto założenia wyboru próbek w sposób identyczny, jak podczas procesu certyfikacji na znak ENEC+. Zakłada ona przebadanie określonych parametrów dla całej rodziny na co najmniej jednym wybranym przez jednostkę certyfikacyjną przedstawicielu rodziny wyrobów, Zdecydowano się przebadać więcej niż jedną próbkę - trzy próbki - dwie skrajne i jedną środkową, jeżeli chodzi o podane moce.

W oświadczeniu stwierdzono również, że w ramach równolegle prowadzonej dla klienta certyfikacji ENEC i ENEC+ jednostka akredytowana zweryfikowała proces produkcyjny firmy Sinoco, który spełnia wymagania zarządzania jakością procesu produkcji - wykonano inspekcję w miejscu produkcji. Należy zatem, zgodnie z metodologią procesu badań i certyfikacji na znak ENEC i ENEC+, wynikającym z analizy ryzyka i prawdopodobieństwa stwierdzić, że przebadane oprawy Sinoco ST 52 - 30W, 100W i 150W reprezentują rodzinę opraw Sinoco, a tym samym wyniki badań są adekwatne również dla opraw Sinoco ST 52 o innych mocach.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą oraz niezyskania zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Z powołanego przepisu wynika, że w postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności zamawiającego, zatem na podstawie oświadczeń i dokumentów, którymi dysponował zamawiający w momencie jej dokonania, bada, czy na ich podstawie zamawiający wyciągnął prawidłowe, odpowiadające prawu wnioski.

Czynnością ocenianą w tym postępowaniu jest wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Izba wzięła pod rozwagę sprawozdanie z badania wyrobu wykonane przez Stowarzyszenie Elektryków Polskich Biuro Badawcze ds. Jakości dotyczące 2 modeli opraw tj. Sinoco ST-52 30W oraz Sinoco ST-52 100W oraz wyjaśnienia przystępującego,

którymi zamawiający dysponował w dacie wyboru najkorzystniejszej oferty, i uznała, że czynność ta została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy.

W pkt VI.8.2 c) SIWZ zamawiający w odniesieniu do oprav ulicznych wymagał złożenia certyfikatu ENEC Plus lub równoważnego wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 Pzp, potwierdzającego, że oferowany produkt spełnia wymagania dla otrzymania certyfikatu ENEC Plus dla oprawy oświetleniowej. Opisane wymaganie zamawiającego zawiera dwa elementy. Po pierwsze, zamawiający wymagał certyfikatu ENEC Plus lub równoważnego. Po drugie, zamawiający wskazał, że złożony dokument musi dotyczyć oferowanych oprav.

Zgodzić się należy z zamawiającym i przystępującym, że wymagania dotyczące równoważności zostały przez zamawiającego ustalone odpowiedzią na pytanie Nr 4 w piśmie z 17 lutego 2020 r. Udzielając odpowiedzi zamawiający wymienił parametry funkcjonalne, jako przykładowe, co otwiera możliwość interpretacji zakładającą, że zamawiający nie nakazuje, aby wszystkie parametry wskazane w odpowiedzi zostały wymienione w dokumencie równoważnym certyfikatu ENEC Plus. Dostrzec jednak trzeba, że zamawiający w sposób wyraźny nie wskazał również, że wystarczające jest podanie parametrów funkcjonalnych wybranych przez wykonawcę, ani nie liczby parametrów, którą uzna za wystarczającą. Taki stan rzeczy prowadzi do przekonania, że prawdopodobny zamysł zamawiającego uzyskania potwierdzenia w odniesieniu do wszystkich parametrów wymienionych w odpowiedzi albo wszystkich parametrów wynikających ze stosownej normy, nie znalazł dostatecznie jednoznacznego wyrazu w udzielonej odpowiedzi. Zasady prowadzenia postępowania zawarte w art. 7 ust. 1 Pzp nakazują, że brak jednoznaczności wymagań zamawiającego nie może być wykładany ze szkodą dla wykonawcy. Związku z tym Izba przyjęła wykładnię względniejszą dla przystępującego i uznała, że niewskazanie w złożonym sprawozdaniu wszystkich parametrów funkcjonalnych nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Wobec treści odpowiedzi udzielonej przez zamawiającego uznać należy, że wykazanie równoważności może nastąpić przez wskazanie wybranych parametrów z listy podanej przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie Nr 4.

Niesporne jest jednak między stronami, że sprawozdanie złożone przez przystępującego w wyniku wezwania z art. 26 ust. 2 Pzp nie dotyczy bezpośrednio oferowanych oprav ulicznych. Należy więc odpowiedzieć, czy jest ono dokumentem mogącym mieć do tych oprav zastosowanie na zasadach, jakie dla rodziny oprav przewiduje certyfikat ENEC Plus. Na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej.

Przed wszystkim z samej treści sprawozdania wynika wyraźnie, że dotyczy ono wyłącznie przebadanych egzemplarzy, zatem nawet nie typów oprav. Brak jest też podstaw

do przyjęcia, że sprawozdanie może dotyczyć rodziny opraw na zasadach analogicznych jak certyfikat ENEC. Możliwość taka nie wynika ze stanowiska organu certyfikującego, który wyraźnie zastrzegł, że sprawozdanie dotyczy wyłącznie zbadanych egzemplarzy. Podstawą do takiego twierdzenia są jedynie wyjaśnienia przystępującego z 24 marca 2020 r.

Art. 30b ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający może wymagać od wykonawców przedstawienia 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. Ponieważ powołany przepis zakłada oparcie oceny zgodności na stanowisku niezależnego podmiotu certyfikującego, oświadczenie przystępującego z 24 marca 2020 r. nie może mieć większej mocy dowodowej niż treść sprawozdania z badań dokonanych przez podmiot certyfikujący. W związku z tym Izba uznała, że zamawiający badając ofertę przystępującego błędnie uznał, że sprawozdanie dotyczące opraw, które nie zostały zaoferowane w tym postępowaniu, może być uznane za dokument potwierdzający zgodność oferty z wymaganiami zamawiającego. Sprawozdanie to nie może być uznane za dokument równoważny do certyfikatu ENEC Plus dotyczący oferowanych opraw ulicznych.

Oświadczenie Stowarzyszenia Elektryków Polskich BBJ - Biura Badawczego ds. Jakości z 8 czerwca 2020 r. nie skłania do przeciwnych wniosków. Wymienia ono wprawdzie sprawozdanie nr LO-19.054, jednak z analizy treści całego oświadczenia wynika, że odnosi się ono do dwóch różnych badań - nr LO-19.054 oraz nr LO-19.069, z których drugie prawdopodobnie dotyczy uzyskania przez oprawy certyfikatów ENEC i ENEC plus lub innego badania dotyczącego trzech opraw. Zwraca bowiem uwagę, że wyjaśnienia przystępującego z 24 marca 2020 r. wskazują na wybór dwóch opraw przez ich producenta, natomiast oświadczenie Stowarzyszenia Elektryków Polskich BBJ z 8 czerwca 2020 r. wskazuje na trzy oprawy losowo wybrane przez jednostkę certyfikującą. Przebadanie parametrów dla całej rodziny w czasie certyfikacji na ENEC + zakłada badanie próbek wybranych przez jednostkę certyfikującą. Wyniki badania trzech próbek dotyczą opraw o innych mocach, niż oferowane zamawiającemu w tym postępowaniu.

Stowarzyszenie Elektryków Polskich BBJ dokonuje oceny w związku z odpowiedzią zamawiającego dotyczącą równoważności, podczas gdy od niezależnej jednostki certyfikującej należałoby oczekiwać oceny dotyczącej jakości lub zgodności z normą oraz wskazania okoliczności faktycznych w postaci konkretnych parametrów funkcjonalnych. Ponadto w treści oświadczenia, z jednej strony założono przestrzeganie rygorystycznych warunków produkcji, z drugiej wskazano na ich weryfikację oraz inspekcję w miejscu produkcji.

Z tych powodów oświadczeniu Stowarzyszenia Elektryków Polskich BBJ odmówiono wiarygodności i mocy dowodowej.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przystępujący pomimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie wykazał, że jego oferta spełnia wymagania zamawiającego opisane w VI.8.2 c) SIWZ, w konsekwencji oferta ta podlega odrzuceniu. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ma wpływ na wynik postępowania, w związku z tym odwołanie podlega uwzględnieniu w tym zakresie.

Pozostałe zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia.

W odpowiedzi na pytanie nr 4 z 17 lutego 2020 r. zamawiający nie odniósł się do stosowania systemu zarządzania jakością procesów produkcji, w konsekwencji kwestia na nie została uwzględniona w opisie wymagania stawianego dokumentowi równoważnemu do certyfikatu ENEC PLUS i nie może być wzięta pod rozwagę przy ocenie zgodności oferty przystępującego z SIWZ.

Sposób wykazania zgodności oferowanych robót budowlanych z opisanymi wymaganiami zamawiający opisał w pkt VI.8.2. SIWZ. Natomiast załącznik nr 5 Program Funkcjonalno-Użytkowy stanowi zgodnie z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp opis przedmiotu zamówienia oraz stawiane mu wymagania, zatem elementy PFU nie mają znaczenia dla katalogu i zakresu oświadczeń i dokumentów służących zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp potwierdzeniu spełniania przez oferowane świadczenie wymagań zamawiającego.

Również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z powodu, że sprawozdanie złożone przez przystępującego nie dotyczy zaoferowanych oprav, nie obejmuje całej rodziny oprav, a jedynie dwa egzemplarze przekazane do badania, nie znalazł potwierdzenia. Izba miała przede wszystkim na względzie, że informacje dotyczące wprowadzenia w błąd zamawiającego, o którym mowa w przywołanym przepisie, to informacje dotyczące faktów – twierdzenia wykonawcy wskazują fakty niezgodne z rzeczywistością (*vide*: wyrok SN z 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99 Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42 oraz wyroki KIO: z 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 372/10 oraz z 17 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2668/19). Oznacza to, że jeżeli oświadczenia wykonawcy dotyczą postanowień SIWZ, treść tych postanowień musi być jasna i niebudząca wątpliwości. Pogląd, że w sytuacji braku jednoznaczności postanowień SIWZ zarzut dotyczący wprowadzenia zamawiającego w błąd przez złożenie oświadczenia dotyczącego tych postanowień nie jest skuteczny, kształtuje się w orzecznictwie Izby (*vide* przykładowo: wyrok z 27 czerwca 2019 r. sygn. akt KIO 1067/19, wyrok z 26 września 2019 r. sygn. akt KIO 1773/19) i Izba w tym składzie orzekającym go podziela. Skoro ustalenie wymagań

zamawiającego wymagało uwzględnienia wyjaśnień SIWZ, które również mogły podlegać rozbieżnej interpretacji, brak jest podstaw do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Polemika przystępującego co do terminu wykonania dokumentacji projektowej, zawarta w wyjaśnieniach dotyczących badania ceny oferty, nie może skutkować odrzuceniem oferty przystępującego. Przede wszystkim punktem wyjścia nie była tu treść oferty przystępującego, ale wyłącznie oferta cenowa podmiotu, który nie był przewidziany jako podwykonawca, złożona w celu wykazania prawidłowego obliczenia ceny oferty. Ponadto przystępujący wskazał na możliwość wykonania dokumentacji projektowej we wcześniejszym terminie i oświadczył, że dopuścił się omyłki. Omyłka ta w świetle postanowień SIWZ dotyczących treści oferty, gdzie termin wykonania umowy nie był odrębnie wskazywany przez wykonawców, ani nie miał znaczenia dla oceny ofert w przyjętych kryteriach oceny, nie ma doniosłości prawnej.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 poz. 972). Rozprawa toczyła się w wyniku sprzeciwu, zatem stroną przegrywającą był przystępujący.

Przewodniczący: