

Sygn. akt: KIO 2310/22

WYROK
z dnia 16 września 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 września 2022 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **5 września 2022 roku** przez wykonawcę **SPIE ELBUD GDAŃSK Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Twardogóra z siedzibą w Twardogórze**

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **SPIE ELBUD GDAŃSK Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku** i:
 - a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - SPIE ELBUD GDAŃSK Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania,
 - b. zasądza od **Odwołującego - SPIE ELBUD GDAŃSK Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku** na rzecz Zamawiającego – **Gminy Twardogóra z siedzibą w Twardogórze** - kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: Gmina Twardogóra z siedzibą w Twardogórze prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. „Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Twardogóra”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 127360832, dnia 5 lipca 2022 roku.

Dnia 5 września 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r., poz. 1170 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) odwołanie w przedmiotowym postępowaniu złożył Wykonawca SPIE ELBUD GDAŃSK Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego, prowadzeniu postępowania z pominięciem zasady przejrzystości i unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzucał naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie, tj. błędne przyjęcie, że Odwołujący nie złożył w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego, podczas gdy Odwołujący złożył w przewidzianym terminie wymagany przedmiotowy środek dowodowy zgodny z wymaganiami SWZ;
2. art. 16 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, tj. pominięcie w toku badania ofert odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego na pytanie Odwołującego z dnia 01.08.2022 r., w której Zamawiający dopuścił możliwość złożenia *Raportu z danymi z badania LM 80-08 źródła światła LED lub równoważnego wraz z prognozą trwałości strumienia dla temperatury wyższej niż wskazana w dokumentach zamówienia*, w sytuacji, gdy odpowiedź nie powinna zostać pominięta w toku badania ofert, powinna być traktowana jako część wymogów dotyczących przedmiotowych środków dowodowych, a Odwołujący stosując się do jej treści nie powinien ponieść negatywnych konsekwencji.
3. art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie, tj. błędne przyjęcie, że wszystkie złożone oferty podlegają odrzuceniu i w konsekwencji unieważnieniu postępowania, podczas gdy w istocie nie wszystkie złożone oferty podlegają odrzuceniu, bowiem odrzuceniu nie podlega oferta Odwołującego.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;

3. Powtórzenia przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący wskazał, posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę. Z powodu dokonania przez Zamawiającego niezgodnych z prawem czynności, złożona oferta została bezzasadnie odrzucona. Zamawiający odrzucił również oferty pozostałych wykonawców i unieważnił postępowanie. W konsekwencji, podczas gdy przynajmniej jedna z ofert, tj. oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, unieważnienie postępowania jest niezgodne z prawem. Działania Zamawiającego mogą utrudnić lub uniemożliwić uzyskanie zamówienia przez Odwołującego. Mogą też doprowadzić do powstania po stronie Odwołującego strat finansowych i do utraty korzyści.

Odwołujący powziął wiadomość o czynnościach i zaniechaniach Zamawiającego stanowiących przedmiot odwołania w dniu 24 sierpnia 2022 r., kiedy to Zamawiający poinformował o odrzuceniu wszystkich złożonych w postępowaniu ofert, w tym oferty Odwołującego, oraz o unieważnieniu postępowania. Zatem termin na wniesienie odwołania został zachowany. Odwołujący prawidłowo przekazał Zamawiającemu kopię odwołania i uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podniósł, że zgodnie z rozdziałem 16 pkt 16.1 SWZ oraz z sekcją II.2.5) Ogłoszenia o zamówieniu, jednym z kryteriów oceny ofert była „*Trwałość strumienia światła oprawy ulicznej (źródło światła LED), mierzona parametrem L80B10*”.

W rozdziale 3 pkt 3.7. SWZ oraz w sekcji VI.3) Ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający wskazał, że wymaga złożenia przedmiotowych środków dowodowych.

W rozdziale 3 pkt 3.7.1. pkt 3) SWZ oraz w sekcji VI.3) pkt 3) Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający zażądał, by wykonawca na potwierdzenie kryterium „*Trwałość strumienia światła oprawy ulicznej (źródło światła LED), mierzona parametrem L80B10*” złożył wraz z ofertą następujący przedmiotowy środek dowodowy:

- „*dokument niezbędny dla oceny trwałości strumienia światła oprawy ulicznej L80B10, którym jest sprawozdanie z badania LM-80-08 źródeł światła LED wykonanego przez akredytowane laboratorium wraz z prognozą trwałości strumienia, zgodną ze wzorem Memorandum Technicznym TM 21-11 dla temp. referencyjnych T_s (T_c) = 55⁰C oraz 85⁰C lub inny dokument równoważny. Przy czym za dokument równoważny do LM-80-08 oraz TM-21-11 uznaje się sprawozdanie z badania przeprowadzonego w akredytowanym laboratorium przy zachowaniu standardów badania trwałości strumienia światła LED zgodnych z procedurą LM-80-08, we wskazanych warunkach otoczenia tj. badania strumienia L_f wykazanej w formie tabelarycznej, co ok. 1000 godzin min. 5 razy w ciągu testowanego czasu min. 10 000 godzin w temperaturach wskazanych jako referencyjne tj. T_s (T_c) = 55⁰C*

oraz 85°C wraz z prognozą trwałości strumienia dla tych temperatur, zgodną ze wzorem matematycznym używanym w przypadku Memorandum Technicznego TM-21-11”.

Termin składania i otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu wyznaczony został na dzień 12.08.2022 r.

W toku postępowania, przed upływem terminu składania i otwarcia ofert, Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ:

„Zamawiający wymaga dla opraw drogowych na potwierdzenie L80B10 100000h „Sprawozdanie z badania źródeł światła LED LM-80-08 zastosowanych w oprawie dla temp. T_s (T_c) = 55°C oraz 85°C, wraz z prognozą zgodną ze wzorem Memorandum Technicznym TM 21” Wnosimy o dopuszczenie jako równoważne sprawozdanie z badania wykonanego w temp. $T_c = 85°C$ oraz $T_c = 105°C$. Wykazanie utrzymania temperatury w wyższej temperaturze gwarantuje utrzymanie co najmniej takiej samej żywotności dla niższych temperatur.”

W odpowiedzi Zamawiający wskazał, że:

„Dopuszczalne jest przedstawienie prognozy trwałości strumienia światła TM-21-11 lub równoważnego zgodnie z wytycznymi opracowywania prognozy określonymi w załączniku B do Tm-21-11 punkt 6.5. tj. w sytuacji, kiedy prognoza jest wykonywana dla niższej temperatury można posłużyć się danymi z Raportu z badania LM 80-08 lub równoważnego dla temperatury wyższej”.

Odwołujący złożył ofertę, do której dołączony został wymagany przedmiotowy środek dowodowy, tj. wykonane przez akredytowane laboratorium sprawozdanie z badania LM-80-08 źródeł światła LED wraz z prognozą trwałości strumienia, zgodną z wzorem Memorandum Technicznego TM 21-1 1 dla temp. referencyjnych T_s (T_c) 85°C oraz 105°C, czyli w ocenie Odwołującego, zgodnie z treścią odpowiedzi na pytanie, sprawozdanie dopuszczalne przez Zamawiającego.

Zamawiający, działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit.c) ustawy Pzp, odrzucił ofertę Odwołującego, wskazując, że złożony przez Odwołującego przedmiotowy środek dowodowy pn. „Raport z badania trwałości źródeł światła LED z prognozą trwałości” niezbędny dla oceny trwałości strumienia światła oprawy ulicznej nie zawiera wymaganej w SWZ prognozy zgodnej z wzorem Memorandum Technicznego TM21-1 1 dla temperatury T_s (T_c) = 55°C. W tym samym piśmie Zamawiający odrzucił oferty pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz działając na podstawie art. 255 ust. 2 ustawy Pzp unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia, ponieważ wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

W ocenie Odwołującego jego oferta nie podlega bowiem odrzuceniu, a w konsekwencji, postępowanie nie podlega unieważnieniu.

Wniosek Odwołującego co do wyjaśnienia (zmiany) treści SWZ był w pełni uzasadniony i racjonalny. Treść wniosku była jednoznaczna, konkretna i uargumentowana. Odwołujący wnioskował o dopuszczenie środka dowodowego w jasny i konkretny sposób.

W toku postępowania wydawało się, że Zamawiający rozumie, że za propozycją dopuszczenia jako równoważnego, sprawozdania z badania LM-80-08 źródeł światła LED wraz z prognozą trwałości strumienia, zgodną z wzorem Memorandum Technicznego TM 21-11 dla temp. referencyjnych $T_s (T_c) = 85^{\circ}\text{C}$ oraz $T_s (T_c) = 105^{\circ}\text{C}$, stoją praktyczne i celowe argumenty i że może przynieść to pożądane przez Zamawiającego efekty. Powyższe wnioski Odwołujący wyciągnął w oparciu o odpowiedź Zamawiającego, w której wskazano, że Zamawiający dopuszcza złożenie przedmiotowego środka dowodowego z danymi z raportu z badania LM 80-08 lub równoważnego dla temperatury wyższej, czyli w zakresie wnioskowanym przez Odwołującego.

Zamawiający nie uwzględnił jednak własnej odpowiedzi przy ocenie ofert i odrzucił m.in. ofertę Odwołującego, wskazując, że Odwołujący złożył dokument niezgodny z SWZ, ponieważ złożony przedmiotowy środek dowodowy był prognozą niekompletną, ze względu na brak prognozy dla wymaganej w SWZ temperatury $T_s (T_c) = 55^{\circ}\text{C}$, podczas gdy Odwołujący złożył kompletny, zgodny z warunkami zamówienia, dopuszczony przez Zamawiającego przedmiotowy środek dowodowy.

W odniesieniu do odpowiedzi Zamawiającego na zadane pytanie Odwołujący wskazał, że w pkt 6.5. załącznika B do Tm-21-11, tj. w wytycznych opracowywania prognozy, o których napisał Zamawiający, wskazano, że nie można użyć danych z badań dla niższej temperatury, aby interpolować trwałość strumienia w wyższej temperaturze. Jeśli natomiast temperatura pracy diody jest niższa niż najniższa temperatura badania w sprawozdaniu z badania LM-80-08, powinno się użyć najniższej temperatury z badania LM-80-08, wskazując przykładowo, że temperatura badania 55°C znajdzie zastosowanie do temperatury 45°C , a więc niższej niż temperatura, w której zostało przeprowadzone badanie LM-80-08. W przypadku Odwołującego jest to temperatura $T_s (T_c) = 85^{\circ}\text{C}$.

Odwołujący przedstawił treść pkt 6.5. załącznika B do Tm-21-11:

6.5 *Limit for Extrapolation*

Extrapolation of any L_p value above the operating temperature used in the LM-80-08 test shall not be performed. For example, if the highest LM-80-08 test temperature is 85°C , an L_p at 100°C shall not be extrapolated.

For interpolation between case temperatures with test durations of unequal lengths, in instances where the higher temperature has shorter testing duration, projections shall not extend beyond 6 times the test duration of the higher temperature for 20 or more samples (5.5 times for 10 to 19 samples). In instances where the lower temperature has shorter

testing duration, projections shall not extend beyond 6 times the linearly interpolated testing duration for 20 or more samples (5.5 times for 10 to 19 samples).

W powyższym fragmencie dokumentu wskazano, że: „*Nie dokonuje się ekstrapolacji żadnej wartości L_p powyżej temperatury roboczej używanej w badaniu LM-80-08. Na przykład, jeżeli najwyższa temperatura w badaniu LM-80-08 to 85°C , nie dokonuje się ekstrapolacji L_p w temperaturze 100°C .*

Jeżeli rzeczywista temperatura robocza jest niższa niż najniższa temperatura używana w badaniu LM-80-08, zgłoszona wartość L_p powinna wykorzystywać najniższą temperaturę w badaniu LM-80-08. Na przykład, jeżeli najniższa temperatura badania LM-80-08 wynosi 55°C , to w przypadku LP o temperaturze 45°C należy zastosować L_p o temperaturze 55°C . W przypadku interpolacji między temperaturami przypadków o nierównych długościach, w przypadkach gdy wyższa temperatura ma krótszy czas trwania badania, rzuty nie mogą wykroczyć poza 6-krotność czasu trwania badania w wyższej temperaturze dla 20 lub więcej próbek (5,5-krotność dla 10-19 próbek). W przypadkach, gdy niższa temperatura ma krótszy czas trwania badania, rzuty nie mogą wykroczyć poza 6-krotność liniowo interpolowanego czasu trwania badania dla 20 lub więcej próbek (5,5 razy dla 10-19 próbek)”

Odwołujący podkreślił, że to producent opraw dobiera diody do temperatury pracy w oprawie. W przypadku Odwołującego, temperatury te są wyższe niż 55°C . Zatem dobierane są odpowiednie diody, w tym wypadku diody XPG3, wykazujące się trwałością w wyższych temperaturach. Zgodnie z normą, jeśli nawet temperatury wynoszą 56°C , a więc są choćby minimalnie wyższe niż 55°C , należy użyć raportu trwałości dla T_s (T_c) = 85°C . W konsekwencji należy stwierdzić, że przypadek temperatury pracy diody w $T_c = 55^{\circ}\text{C}$ w ogóle nie dotyczy zaoferowanego produktu.

W sytuacji, gdy Zamawiający wymagał przedstawienia trwałości strumienia, Odwołujący zastosował raport dla kolejnej temperatury referencyjnej czyli dla 85°C , a więc postąpił zgodnie z pkt. 6.5. załącznika B do TM-21-11.

Zamawiający w sposób jasny i bezpośredni powołuje się na normę LM80-08, która jednoznacznie wskazuje, iż temperatury referencyjne oraz prąd muszą być wybrane odpowiednio do planowanej aplikacji oraz rekomendacji producenta.

Odwołujący przedstawił wyciąg z dokumentu opisującego normę LM80-08 wraz z tłumaczeniem.

W przywołanym fragmencie dokumentu wskazano, że „*Pomiędzy pomiarami fotometrycznymi diody LED powinny pracować w minimum dwóch referencyjnych temperaturach (T_s). Referencyjna temperatura i prąd muszą być wybrane odpowiednio do planowanej aplikacji, rekomendacji producenta i ewentualnie danych z innych testów. Co najmniej jedna z wybranych temperatur referencyjnych musi wynosić 55°C lub 85°C .*

Te temperatury najczęściej używa się w przemyśle. Użycie tylko jednej z tych temperatur pozwoli w łatwy sposób porównać różne produkty”.

Niewątpliwie głównym czynnikiem przy doborze temperatur referencyjnych są warunki pracy, które pojawiają się w rzeczywistych aplikacjach. Jako obowiązkową temperaturę referencyjną norma LM80-08 wskazuje natomiast $T_c = 55^{\circ}\text{C}$ lub 85°C , dobraną odpowiednio do zastosowania diody LED. Oznacza to, że nie ma obowiązku przeprowadzenia badań i w 55°C i w 85°C , natomiast istnieje obowiązek przeprowadzenia badań w odpowiednich temperaturach referencyjnych, tj. np. w 85°C i wyżej np. w 105°C .

Wobec tego, w badaniu najpierw wykonywany jest test termiczny oprawy i ustalana jest informacja, jaką temperaturę ma dioda w pkt T_c . Informację, jaka temperatura jest w pkt T_c zgodnie z zasadą wynikającą z Memorandum Technicznego TM-21, należy odnieść do raportu. Konieczne jest odniesienie się do pierwszej wyższej temperatury z raportu LM8008. Dlatego jeżeli temperatura w pkt T_c podczas badań termicznych kształtuje się w okolicach np. 60°C (przykładowa temperatura na module LEDowym wewnątrz oprawy oświetleniowej pracującej w temperaturze otoczenia $+25^{\circ}\text{C}$), to do raportu LM80-08 jako pierwsza wyższa temperatura referencyjna musi zostać użyta T_c min. 85°C a nie $T_c = 55^{\circ}\text{C}$. W wyżej opisanym przypadku jedynie raport LM-80-08 na $T_c 85^{\circ}\text{C}$ oraz drugiej z temperatur, wyższej, np. 105°C przedstawia użyteczne dane i dowodzi jaka jest faktyczna, a nie teoretyczna, trwałość strumienia światła dla zaoferowanych opraw. W innym przypadku raport dowodzi tylko teoretycznej żywotności w warunkach, w których w danej aplikacji diody nie będą występować.

Zatem zdaniem Odwołującego wymóg przedstawienia badania LM-80-08 w $T_c=55^{\circ}\text{C}$ i 85°C jest niezgodny z normą LM80-08, i nie powinien mieć zastosowania, bo mógłby wprowadzać Zamawiającego w błąd. W związku z tym wymagany jest badanie diod w temperaturach referencyjnych zbliżonych do temperatur występujących w aplikacjach, w których są stosowane. Warto wskazać, że dokładnie takie zalecenia do warunków badań przedstawia norma IEC 62717. Norma ta nie wskazuje żadnej konkretnej temperatury referencyjnej do przeprowadzenia badań weryfikujących zachowanie strumienia w czasie, a LM-80-08 wskazuje tylko jedną obowiązkową temperaturę $T_s = 55^{\circ}\text{C}$ lub 85°C . Z tego powodu, zdaniem Odwołującego, Zamawiający dopuścił możliwość przedstawienia prognozy dla temperatury wyższej, tj. 85° .

Parametrem podlegającym ocenie Zamawiającego i kluczowym w odniesieniu do długości użytkowania zaoferowanego produktu jest trwałość strumienia światła L80B10, a nie porównywanie teoretycznego starzenia się diody LED w warunkach laboratoryjnych. Nie ma to zastosowania w zaoferowanych oprawach.

Poprzez błędne, zdaniem Odwołującego, tłumaczenie normy LM-80-08 i odgórne definiowanie temperatur referencyjnych jako 55°C i 85°C , zamiast określenia temperatur

referencyjnych jako zgodnych ze wskazaniami normy LM-80-08 tj. „co najmniej jedna z wybranych temperatur referencyjnych musi wynosić 55 ° C lub 85 ° C” i pozostawienie doboru właściwych, zgodnych z normą i aplikacją temperatur referencyjnych producentowi opraw i diod LED - adekwatnych do warunków rzeczywistej pracy diody w oprawie oświetleniowej, Zamawiający może zostać wprowadzony w błąd. W przypadku, gdy wykonawca przedstawi Zamawiającemu raport z badania LM-80-08 w $T_c = 55^{\circ}\text{C}$ i 85°C , natomiast dioda będzie pracowała w zaoferowanej oprawie w wyższej temperaturze, dane dla $T_c = 55^{\circ}\text{C}$ będą bezużyteczne i będą wskazywały zbyt optymistyczną i błędną predykcję żywotności dla źródeł światła zaoferowanej oprawy.

Reasumując, Odwoływający podtrzymuje, tak jak wskazał we wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, że udowodnienie danej żywotności w temperaturze wyższej jest z merytorycznego punktu widzenia równoznaczne z wykazaniem jej w temperaturze niższej.

Zamawiający w postępowaniu dopuścił złożenie przedmiotowego środka dowodowego w postaci sprawozdania z badania LM-80-08 źródeł światła LED wykonanego przez akredytowane laboratorium wraz z prognozą trwałości strumienia, zgodną z wzorem Memorandum Technicznego TM 21-11 dla temp. referencyjnych T_s (T_c) = 55°C oraz 85°C lub inny dokument równoważny i zastosowaniu „mechanizmu dopasowania” temperatur opisanego w pkt. 6.5. TM-21-11, tj. możliwości zastosowania wyników testów dla temperatury wyższej.

Wątpliwości budzi postawa Zamawiającego wobec dopuszczenia jako przedmiotowego środka dowodowego sprawozdania z badania LM-8008 źródeł światła LED wykonanego przez akredytowane laboratorium wraz z prognozą trwałości strumienia, zgodną z wzorem Memorandum Technicznego TM 21-11 dla temp. referencyjnych T_s (T_c) wyższych niż 55°C oraz 85°C a konkretnie fakt, że Zamawiający przy ocenie ofert zupełnie pominął własną odpowiedź na pytanie Odwoływającego.

Jako podstawę swojego działania, w treści pisma będącego odpowiedzią na wnioski wykonawców, Zamawiający wskazał art. 135 ust. 2 i 6 ustawy Pzp, Zamawiający działał więc w procedurze, w której obowiązany jest udzielić odpowiedzi na pytania wykonawców. Zamawiający dochował swojego obowiązku, lecz formalnie nie dokonał zmiany SWZ. Skoro Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie dotyczące treści przedmiotowego środka dowodowego, i w odpowiedzi tej dopuścił złożenie przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego przeprowadzenie sprawozdania z wymaganego badania dla wyższych temperatur niż pierwotnie zakładano, to Zamawiający nie musiał dokonywać stricte formalnej czynności zmiany SWZ.

Omawiany przepis daje wykonawcom szanse na współkształtowanie zakresu przedmiotu zamówienia. Wykonawcy, w celu wpłynięcia na treść dokumentacji przetargowej, oprócz możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej, w praktyce dysponują jedynie

prawem złożenia wniosku o wyjaśnienie treści SWZ. Jeżeli Zamawiający zdecydował się na udzielenie odpowiedzi, a w szczególności, jeżeli wobec wniosku wykonawcy wyraził aprobatę, to należy rozumieć, że rozstrzygnął kwestię, której dotyczył wniosek. Rozstrzygnięcie to, a dokładniej udzielenie odpowiedzi, ma charakter wiążący i ma wpływ na oferty wykonawców i późniejszy sposób ich oceny. Odpowiedź nie powinna rodzić negatywnych skutków dla Odwołującego, jeśli się do niej zastosował. Odwołujący miał prawo wierzyć, że postępuje zgodnie z wymogami postępowania.

Zastosowanie się do własnej odpowiedzi udzielonej wykonawcy na etapie badania i oceny złożonych ofert nie jest zależne od woli Zamawiającego i nie może być traktowane wybiórczo. Zamawiający nie może się rozmyślić i mimo dopuszczenia złożenia dokumentu potwierdzającego dany stan rzeczy na etapie składania ofert, uznać że nie dopuszcza tego dokumentu na etapie badania i oceny złożonych już ofert. Jeżeli Zamawiający w odpowiedzi na pytanie na coś zezwolił, coś dopuścił, zmienił treść jakiegoś dokumentu bądź wskazał interpretację treści warunków zamówienia, to jest tą odpowiedzią związany, nawet jeżeli formalnie nie dokona zmiany treści ..S\A'Z.

Analogiczne sytuacje niejednokrotnie były przedmiotem wyrokowania Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych (tak wyrok z dnia 19 października 2009 r., sygn. KIO/UZP 1265/09, wyrok z dnia 12 grudnia 2012 r., sygn. KIO 2592/12, wyrok z dnia 17 maja 2013 r., sygn. KIO 1015/13, wyrok z dnia 23 marca 2022, sygn. KIO 658/22, wyrok z dnia 14 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1479/18, wyrok z 16 sierpnia 2011 r., KIO 1648/11; wyrok z 7 marca 2012 r., KIO 388/12, wyrok z dnia 17 listopada 2015 r., KIO 2412/15; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2016 r. sygn. II CSK 197/15; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r., IV CSK 626/13, OSNC-ZD 2015, nr 3, poz. 46).

W konsekwencji, Odwołujący uważa, że Zamawiający bezzasadnie pominął treść własnych wyjaśnień. Trudno o znalezienie odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający nie dochował należytej staranności i zapomniał o dopuszczeniu możliwości wskazania w sprawozdaniu danych dla temperatur wyższych, czy też uznał, że jego własna odpowiedź na pytanie wykonawcy go nie wiąże. Zamawiający błędnie uznał, że wymagany przedmiotowy środek dowodowy nie został złożony i bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

Zamawiający poprzez bezzasadne pominięcie treści własnych wyjaśnień z dnia 01.08.2022 r. przy ocenie oferty Odwołującego naruszył również art. 16 pkt 2 ustawy Pzp, tj. nie zastosował się do generalnej zasady Pzp, jaką jest zasada przejrzystości.

Czynności Zamawiającego, poprzez to, że w świetle dopuszczenia w drodze odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SWZ, złożenia przez Odwołującego przedmiotowego środka dowodowego w postaci sprawozdania z badania LM80-08

w Tc wyższej niż 55°C, a następnie pominięcia tej decyzji na etapie badania ofert, budzą wątpliwości co do tego, czy Zamawiający podchodził do oceny ofert rzetelnie czy wybiórczo oraz jakie dokumenty zamówienia Zamawiający uznawał za słuszne i ważne, a jakie za bezwartościowe i nie mające znaczenia.

Zamawiający po upływie terminu składania ofert postąpił w odmienny sposób, niż wynika to z jego decyzji na wcześniejszym etapie postępowania, które miały wpływ na oferty składane przez wykonawców, podczas gdy zamawiający nie może po upływie terminu składania ofert postępować w odmienny sposób, niż wynika to z dokumentów zamówienia, co przejawia się nie tylko w zakazie wprowadzania dodatkowych, niewyartykułowanych wcześniej, wymogów, pod kątem spełnienia których zamawiający chciałby badać wykonawców lub złożone przez nich oferty, lecz również w zakazie obniżenia poszczególnych zapisów dokumentów zamówienia i ominięcia aspektów nimi objętych w procesie badania poszczególnych ofert lub weryfikacji potencjału wykonawców.

Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty (tak wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 10 lipca 2014 r., sygn. VIII Ga 432/13).

Zamawiający nie powinien więc, biorąc pod uwagę stworzone przez niego dokumenty zamówienia oraz fakt, że jest gospodarzem postępowania i ma wpływ na jego kształtowanie, pozostawiać swoimi decyzjami pola do wieloznacznego rozumienia swoich oczekiwań wobec wykonawców. Jeśli Zamawiający decyduje się na udzielenie odpowiedzi na pytanie i dopuszczenie dokumentu o danej treści, to jak wyżej wskazano, jest taką decyzją związany, co dla uczestników postępowania oznacza, że zamawiający oceni każdego z nich zgodnie z dokumentami postępowania i z decyzjami mającymi wpływ na ich treść. Tak w przedmiotowym postępowaniu zdaniem Odwołującego nie było.

Zamawiający w konsekwencji swoich bezprawnych działań dokonał naruszenia art. 16 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania.

W sytuacji gdy nie wszystkie oferty w postępowaniu podlegają odrzuceniu, Zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp. Mimo tego, Zamawiający unieważnił postępowanie, w którym nie wszystkie złożone oferty podlegają odrzuceniu.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że oferta jego nie podlegała odrzuceniu ze względu na niezłożenie przedmiotowego środka dowodowego. W konsekwencji, postępowanie nie powinno podlegać unieważnieniu.

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

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Nieuprawnione działania Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty Odwołującego i następnie – unieważnienie całego postępowania, godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia przystąpień po żadnej ze Stron postępowania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której powtórzył argumentację zaprezentowaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w piśmie wskazującym, że oferta Odwołujący podlega odrzuceniu, ponieważ nie złożył on przedmiotowych środków dowodowych wymaganych w SWZ. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego na nośniku elektronicznym Izba ustaliła, że Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przytoczył wymagania SWZ odnośnie do warunków i dokumentów wymaganych dla potwierdzenia przedmiotowych warunków udziału w postępowaniu. Nie zachodziła więc konieczność ich powtarzania.

W toku postępowania na pytanie jednego z wykonawców: *„Zamawiający wymaga dla opraw drogowych na potwierdzenie L80B10 100 000h <<Sprawozdania z badania źródeł światła LED LM-80-08 zastosowanych w oprawie dla temp. Ts (Tc) = 55°C oraz 85°C wraz z prognozą zgodną z Memorandum Technicznym TM-21>>. Wykonawca wnosi o dopuszczenie jako równoważne sprawozdanie z badania wykonanego w temperaturze Tc = 85°C oraz Tc = 105°C. Wykazanie utrzymania temperatury w wyższe temperaturze*

gwarantuje utrzymanie co najmniej takiej samej żywotności dla niższych temperatur”, Zamawiający odpowiedział: Dopuszczalne jest przedstawienie prognozy trwałości strumienia światła TM-21-11 lub równoważnego zgodnie z wytycznymi opracowania prognozy określonymi w załączniku B do TM-21-11 punkt 6.5, tj. w sytuacji, kiedy prognoza jest wykonywana dla niższej temperatury można posłużyć się danymi z Raportu z badania LM80-08 lub równoważnego dla temperatury wyższej (Wyjaśnienia nr 2 z dnia 1 sierpnia 2022 roku).

Zamawiający w Informacji o wyniku postępowania i odrzuceniu ofert podał, że odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, czyli ofertę złożoną przez Wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zgodnie x pkt 3.7.1 p. 3) SWZ Zamawiający wymagał w postępowaniu złożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą w postaci:

3) dokumentu niezbędnego dla oceny trwałości strumienia światła oprawy ulicznej L80B10, którym jest sprawozdanie z badania LM-80-08 źródeł światła LED wykonanego przez akredytowane laboratorium wraz z prognozą trwałości strumienia, zgodną ze wzorem Memorandum Technicznym TM 21-11 dla temp. referencyjnych T_s (T_c)= 55°C oraz 85°C lub innego dokumentu równoważnego. Przy czym za dokument równoważny do LM-80-08 oraz TM-21-11 uznaje się sprawozdanie z badania przeprowadzonego w akredytowanym laboratorium przy zachowaniu standardów badania trwałości strumienia światła LED zgodnych z procedurą LM-80-08, we wskazanych warunkach otoczenia, tj. badania strumienia L_f wykazanej w formie tabelarycznej, co ok. 1000 godzin min. 5 razy w ciągu testowanego czasu min. 10 000 godzin w temperaturach wskazanych jako referencyjne tj. T_s (T_c) = 55°C oraz 85°C wraz z prognozą trwałości strumienia dla tych temperatur, zgodną ze wzorem matematycznym używanym w przypadku Memorandum Technicznego TM-21-11.

Dokument przedmiotowy składany przez Wykonawcę niezbędny dla oceny trwałości strumienia światła oprawy ulicznej nie zawiera wymaganej w SWZ prognozy zgodnej ze wzorem Memorandum Technicznym TM-21-11 dla temperatury T_s (T_c) = 55°C .

Z uwagi na fakt, że przywołany przedmiotowy środek dowodowy służył potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw z kryterium oceny ofert, Zamawiający, zgodnie z pkt 3.7.4. SWZ w związku z art. 107 ust. 3 ustawy Pzp, nie był uprawniony do wezwania Wykonawcy do jego uzupełnienia w dodatkowym terminie. Dokument załączony do oferty o tytule „Raport z badania trwałości źródeł światła LED z prognozą trwałości” nie jest zgodny z wymaganiami

SWZ. Dokument nie jest kompletną prognozą TM-21-11, ponieważ nie zawiera prognozy wymaganej w SWZ temperatury T_s (T_c) = 55°C.

Ostatecznie Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegały odrzuceniu.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Izba pominęła przy wyrokowaniu argumentację Zamawiającego związaną z kwestiami dofinansowania zamówienia ze środków UE oraz stosunku ceny oferty Odwołującego do kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Okoliczności te nie pojawiły się w informacji o wyniku postępowania przekazanej Wykonawcom, nie były również podstawą do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jako takie pozostają poza zakresem przedmiotu sporu w niniejszym postępowaniu odwoławczym, a tym samym poza zakresem wyrokowania przez skład orzekający.

Nie były sporne między Stronami kwestie dotyczące brzmienia zapisów SWZ, koniecznych do przedstawienia przedmiotowych środków dowodowych, czy też brzmienia udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców.

Istota sporu sprowadza się do wykładni treści udzielonej odpowiedzi na pytanie w odniesieniu do sformułowanego pytania. Każda ze stron sporu dokonała odmiennej interpretacji udzielonej odpowiedzi. Izba rozpoznając niniejszy spór przychyliła się do stanowiska Zamawiającego.

W sprawie nie ulega wątpliwości, że Odwołujący nie przedstawił wymaganego dokumentu prognozy dla temperatury 55°C. Biorąc pod uwagę treść ustalonych przez Zamawiającego warunku i przede wszystkim treść udzielonej odpowiedzi na pytanie, Izba doszła do przekonania, że Odwołujący dokonał wykładni rozszerzającej zapisów SWZ i odpowiedzi. W szczególności z udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi nie wynika, że dopuszczono możliwość złożenia prognozy z pominięciem temperatur wyznaczonych w SWZ, czyli 55°C oraz 85°C, co sugerowałoby stanowisko Odwołującego. Jako najniższą dopuszczalną temperaturę Zamawiający wyznaczył 55°C i do tej wartości miały referować dokumenty przedstawione przez Wykonawców. Odwołujący przedstawił natomiast prognozę stworzoną na podstawie przeprowadzonych badań dla temperatury 85°C. Zamawiający celnie na rozprawie przed Izbą zauważył, że być może wyniki dla temperatury 55°C były takie same lub wyższe, ale nie może on ich antycypować na podstawie dokumentów złożonych przez Odwołującego. Zamawiający wymagał w SWZ przedstawienia prognozy dla dwóch różnych wartości temperatur, natomiast Odwołujący takich prognoz nie przedstawił.

Analizując zadane w postępowaniu pytanie i udzieloną odpowiedź, dostrzeżenia wymaga, iż w pytaniu Wykonawca nawiązywał do dwóch kwestii: to jest obowiązku przedstawienia badań i obowiązku przedstawienia prognozy dla temperatur 55°C i 85°C. Wnosił o dopuszczenie przedstawienia badań dla temperatur 85°C i 105°C.

Odpowiadając Zamawiający natomiast wskazał, że dopuszczalne jest przedstawienie prognozy dla trwałości strumienia światła TM-21-11 lub równoważnego zgodnie z wytycznymi opracowywania prognozy określonymi w załączniku B do TM-21-11 punkt 6.5., tj. w sytuacji, kiedy prognoza jest wykonywana dla niższej temperatury można posłużyć się danymi z raportu z badania LM 80-08 lub równoważnego dla temperatury wyższej.

W ocenie Izby oznacza to, że Zamawiający dopuścił przedstawienie badań dla temperatur wyższych niż wymagane w SWZ ale jednocześnie w związku z tym wymagał przedstawienia prognozy zgodnie z wytycznymi ujętymi w TM-21-11 załącznik B do Memorandum, punkt 6.5. Zamawiający zaznaczył w odpowiedzi, że gdy prognoza jest wykonywana dla temperatury niższej, można korzystać z badań dla temperatury wyższej. Natomiast Odwołujący przedstawił Zamawiającemu w ramach przedmiotowych środków dowodowych jedynie prognozę dla temperatury 85°C, czyli wyższej niż wymagana w SWZ. Takie działania Odwołującego nie zasługiwały na uznanie za prawidłowe. Zamawiający ani w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ani w Informacji o odrzuceniu oferty, ani też na rozprawie i w odpowiedzi na odwołanie nie negował, że Wykonawca mógł posłużyć się sprawozdaniem z badań dla temperatury wyższej niż wskazana w SWZ, czyli 55°C. Z drugiej strony podkreślić należy, że Zamawiający nie dopuścił, by prognoza wykonywana była dla innych temperatur niż referencyjne, określone w SWZ. To Odwołujący natomiast błędnie odczytał wymagania płynące z odpowiedzi na pytanie przekładając je jedynie na dokument „sprawozdania z badań”. Udzielając odpowiedzi Zamawiający nie odstąpił od wymogu przedstawienia prognozy dla temperatury 55°C.

Jeżeli Odwołujący uważał, że udzielona na pytanie odpowiedź nie jest jednoznaczna, może myląc wskazywać na dopuszczalność przedstawienia dokumentów, które mogą okazać się nie odpowiadające warunkom SWZ, to winien był Zamawiającego jeszcze raz dopytać, formułując jasno pytanie o określoną kategorię dokumentów. Udzieloną odpowiedź nie należy traktować jako bezwzględnej zgody Zamawiającego na prośbę danego wykonawcy tylko z tego powodu, że użyto w niej sformułowania wyrażającego dorozumianą zgodę strony („Dopuszczalne jest (..)”). W interesie wykonawcy leży, aby odpowiedź na pytanie wprost odnosiła się do zagadnienia będącego treścią pytania, tak by właśnie w przyszłości uniknąć sporów co do możliwych interpretacji zagadnienia. Zamawiający odpowiadając na pytanie wskazał jakie warunki uważa za dopuszczalne dla przedstawienia badania dla temperatury 85°C, do czego referowała treść pytania. Określił jednocześnie jakie elementy muszą być spełnione, by przedstawienie czy też posiłkowanie się treścią

wnioskowanych badań było możliwe. W tym zakresie Zamawiający wskazał na załącznik do Memorandum, pkt 6.5. Postanowienie to opisuje, czemu Odwołujący nie przeczy i sam posiłkuje się treścią zapisu, w jaki sposób należy wykorzystać badania, którymi się dysponuje, by stworzyć prognozę dla określonej wartości temperatury. Tych warunków dokument przedmiotowy złożony przez Odwołującego formalnie nie spełniał.

Oczywiście, Izbie jest znane orzecznictwo, z którego wynika, iż Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji działań i zaniechań zamawiającego, które nie wynikają z SWZ czy też wyjaśnień treści SWZ, Izba to stanowisko podziela, ale przedmiotowej sprawie nie można zarzucić Zamawiającemu, że postąpił niezgodnie z zapisami SWZ i udzielonymi Wykonawcom wyjaśnieniami. Wbrew twierdzeniom odwołania Zamawiający przy procesie badania i oceny ofert nie pominął treści udzielonej odpowiedzi. Zamawiający w ocenie składu orzekającego Izby postąpił zgodnie z udzielonymi w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyjaśnieniami. Okoliczność, że Odwołujący zrozumiał je inaczej lub nie do końca precyzyjnie postawił pytanie, leży poza Zamawiającym i w tym zakresie obciąża Odwołującego. Zamawiający zbadał, czy dokumenty przedstawione przez Odwołującego zawierają prognozy dla dwóch zakresów temperatur określonych w SWZ. Skoro danych tych w przedmiotowych środkach dowodowych brakowało, a były to dokumenty, które wiązały się ustalonym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kryterium oceny ofert, to obowiązkiem Zamawiającego było odrzucić ofertę Odwołującego. Izba nie dopatrzyła się w działaniach Zamawiającego naruszenia zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy też nierównego traktowania wykonawców.

Skoro w wyniku badania i oceny ofert wszystkie oferty podlegały odrzuceniu z różnych przesłanek przewidzianych ustawą Pzp, to Zamawiający prawidłowo zastosował także art. 255 ustawy Pzp i unieważnił postępowanie.

Konkludując, z tych względów odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

.....