

WYROK

z dnia 26 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Ł. M.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **EL-SERWIS Ł. M.** (lider) oraz **A. M.**, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **A. M. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe MADO** z siedzibą dla lidera: **ul. Wolności 41, 08-330 Kosów Lacki** w postępowaniu prowadzonym przez **Oświetlenie Uliczne i Drogowe Sp. z o.o., ul. Wrocławska 71A, 62-800 Kalisz**

przy udziale wykonawcy **SPIE Elbud Gdańsk S.A., ul. Marynarki Polskiej 87, 80-557 Gdańsk**, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Ł. M.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **EL-SERWIS Ł. M.** (lider) oraz **A. M.**, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **A. M. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe MADO** z siedzibą dla lidera: **ul. Wolności 41, 08-330 Kosów Lacki** i zalicza w poczet postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Ł. M.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **EL-SERWIS Ł. M.** (lider) oraz **A. M.**, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **A. M. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe MADO** z siedzibą dla lidera: **ul. Wolności 41, 08-330 Kosów Lacki** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) 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

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Zmniejszenie zużycia energii elektrycznej poprzez modernizację infrastruktury oświetlenia zewnętrznego na terenach gminnych województw: wielkopolskiego, łódzkiego i dolnośląskiego”, prowadzonego przez Oświetlenie Uliczne i Drogowe Sp. z o.o., ul. Wrocławska 71A, 62-800 Kalisz (dalej „zamawiający”) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: EL-SERWIS Ł. M. (lider), ul. Wolności 41, 08-330 Kosów Lacki oraz A. M. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe MADO, ul. Leśna 3, 08-330 Kosów Lacki złożyli odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”], poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez nieobiektywną i dyskryminującą ocenę oferty odwołującego, w sposób niezgodny z treścią ogłoszenia o zamówieniu i określoną przez zamawiającego zasadą przyznawania punktów i w rezultacie nie przyznanie odwołującemu punktów, podczas gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert odwołujący powinien otrzymać maksymalną ilość punktów, a w konsekwencji zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w części 1, 4, 5 i 7 zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, poprzez ponowne badanie i weryfikację oferty odwołującego i przyznanie mu 10 punktów w ramach kryterium: „Ilość oprav objętych systemem”,
3. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w części 1, 4, 5 oraz 7 zamówienia.

Odwołujący podał, że w zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert:

1. cena – waga 60 pkt,
2. okres gwarancji i rozszerzonej rękojmi – waga 20 pkt,
3. ilość oprav objęta systemem – waga 10 pkt,
4. ilość użytkowników systemu – waga 10 pkt

oraz, że w celu oceny oferty w ramach kryterium „ilość oprav objęta systemem” wraz z ofertą należało złożyć referencje bądź inne dowody w formie elektronicznej. Uzupełnił, że

analogiczny dokument należało złożyć w celu oceny oferty w ramach kryterium „ilość użytkowników systemu”.

Podał także, iż zamawiający zastrzegł, z rozdziale X pkt 7 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), że dokumenty powyższe nie podlegają uzupełnieniu, poprawieniu, ani też wyjaśnieniom.

Wskazał nadto, że w kryterium „ilość oprav objęta systemem” na terenie Unii Europejskiej oceniana była ilość oprav objęta systemem zdalnego zarządzania opravami podana przez Wykonawcę w formularzu oferty potwierdzona referencjami lub innymi dokumentami. Ofertom przyznawane miały być punkty w zależności od ilości podanych oprav.

Wskazał w dalszej kolejności, że 27 października 2020 r. zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ – w kryterium „ilość oprav objętych systemem” wykreślono wymóg „na terenie Unii Europejskiej” oraz zmniejszono ilości oprav dla poszczególnych punktów:

- a] do 5.000 szt. – 0 pkt
- b] od 5.001 szt. do 10.000 szt. – 2 pkt
- c] od 10.001 szt. do 15.000 szt. – 4 pkt
- d] od 15.001 szt. do 20.000 szt. – 6 pkt
- e] od 20.001 szt. do 25.000 szt. – 8 pkt
- f] powyżej 25.000 szt. – 10 pkt.

Oświadczył, że złożył ofertę, przedkładając wraz z ofertą dokument zawierający informację w przedmiocie ilości oprav objętych systemem, tj. liczbę 84340 sztuk oraz liczbę użytkowników systemu, tj. 59 użytkowników.

Podał, że pismem z dnia 8 marca 2021 r. zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień w celu potwierdzenia, że zaoferowany system zarządzania opravami istnieje oraz, że ilość oprav objętych systemem zdalnego zarządzania wskazana w formularzu ofertowym [pkt 16] dotyczy wyłącznie zaoferowanego przez wykonawcę systemu zarządzania opravami, na które to wezwanie odpowiedział 11 marca 2021 r.

Podniósł, że zamawiający w kryterium „ilość oprav objętych systemem” przyznał mu „0” punktów pomimo, że z treści złożonej oferty wraz z pozostałymi dokumentami wynika, że powinien dostać „10” punktów – w uzasadnieniu decyzji zamawiający wskazał, że nie przyznał punktów, ponieważ uznał, że wyjaśnienia odwołującego są zbyt ogólne oraz nie przedłożył dokumentacji, z której wynikałoby, iż zaoferowana ilość oprav jest objęta systemem zdalnego zarządzania określonego w pkt 16 formularza ofertowego, tj. OWLET EXEDRA.

Podkreślił, że z treści SIWZ w brzmieniu obowiązującym w dacie składania ofert wynikało, że ofertom przyznawane miały być punkty w zależności od ilości podanych oprav toteż w przypadku, gdy wykonawca w formularzu ofertowym zadeklarował ilość oprav

powyżej 25.000 sztuk powinien otrzymać 10 punktów. Stwierdził, że ilość oprav wynikała z dokumentów [oświadczeń] złożonych przez odwołującego wraz z ofertą – w szczególności dokumentem takim było oświadczenie z 12 listopada 2020 r. złożone przez firmę Schreder Polska Sp. z o.o.

W ocenie odwołującego podstawowe zarzuty zamawiającego sprowadzają się do następujących kwestii:

1. wykonawca nie przedłożył dokumentacji, z której wynikałoby, iż zaoferowana ilość oprav jest objęta systemem zdalnego zarządzania określonego w pkt 16 formularza ofertowego, tj. OWLET EXEDRA.

Zwrócił w tym kontekście uwagę na niezrozumienie przez zamawiającego czemu ma służyć formularz ofertowy: zgodnie z dokumentacją w formularzu ofertowym odwołujący wskazał oferowany produkt i nie powinno budzić wątpliwość jaki system sterowania zaoferował wykonawca – wskazał producenta, tj. Schreder oraz nazwę systemu sterowania, tj. OWLET uzupełnioną o nazwę platformy użytkownika do obsługi systemu sterowania, tj. EXEDRA. Wyjaśnił, że kierował się przy tym treścią dokumentacji postępowania, która wskazywała na możliwość zawarcia dodatkowych informacji poza nazwą i producentem [dopisek „itp.”]. Wskazał, że kwestia ta została przez niego wyjaśniona w piśmie z dnia 11 marca 2021 r.

Uznał, że nie ulega wątpliwości, że zaoferowana ilość oprav jest objęta systemem zdalnego zarządzania określonego w pkt 16 formularza ofertowego, tj. OWLET z platformą użytkownika w wersji EXEDRA.

2. załączone dokumenty i przedłożone odpowiedzi są zbyt ogólnikowe i nie odnoszą się do zaoferowanego systemu wskazanego przez wykonawców („OWLET EXEDRA”).

W tym kontekście zwrócił uwagę, że zamawiający nie stawiał żadnych szczególnych wymagań w zakresie zawartości merytorycznej dokumentów składanych w celu oceny oferty wykonawcy przez pryzmat kryteriów oceny ofert wobec czego nie powinien na etapie oceny ofert wyciągać negatywnych konsekwencji z faktu, że w jego ocenie jest ona zbyt ogólna.

Uznał, że dla potrzeb prawidłowej oceny oferty istotne było, aby dokumentacja potwierdzała ilość oprav tak jak tego wymagał zamawiający co – wedle odwołującego – miało miejsce w okolicznościach sprawy.

3. w odpowiedzi na pytanie nr 1 zamawiający nie uzyskał potwierdzenia, że istnieje system podany w pkt 16 formularza ofertowego.

Zdaniem odwołującego zarzut jest niezrozumiały, ponieważ na pytanie zamawiającego o treści: „Czy Wykonawca potwierdza, iż wskazany przez niego w pkt 16 Formularza ofertowego system zarządzania opravami o nazwie „OWLET EXEDRA” istnieje, ponieważ brak jest informacji o tym systemie na stronach internetowych podanego przez wykonawcę producenta (Schreder)” odpowiedział: „Potwierdzamy, że oferowany przez nas

system inteligentnego sterowania istnieje od wielu lat".

Stanął na stanowisku, że ocena przedłożonych przez niego wyjaśnień jest sprzeczna z ich literalnym brzmieniem. Uzupełnił, że wyjaśnił zamawiającemu dodatkowo, że użyta w formularzu ofertowym nazwa OWLET EXEDRA obejmuje po pierwsze nazwę systemu sterowania OWLET oraz nazwę platformy użytkownika (interfejsu użytkownika), służącej do obsługi systemu sterowania oświetleniem, tj. EXEDRA, co zostało potwierdzone oświadczeniem producenta.

4. w odpowiedzi na pytanie nr 2 zamawiający nie uzyskał potwierdzenia, iż podana ilość opraw dotyczy systemu oferowanego w pkt 16 formularza ofertowego.

Odwołujący stwierdził, że już na podstawie jednego projektu referencyjnego spełniał wymogi SIWZ i winien otrzymać maksymalną ilość punktów – potwierdził, że referencja dotycząca projektu Fluvius w ilości 25.869 potwierdza spełnienie wymagań zamawiającego, a nadto oświadczył, że referencja ta dotyczyła systemu zdalnego sterowania oświetleniem zaoferowanego przez odwołującego, zaś projekt ten spełniał wymogi SIWZ w zakresie funkcjonalności.

Uznał, że zamawiający nie przyjmuje do wiadomości wyjaśnień odwołującego, że oferowany przez producenta system zdalnego sterowania oświetleniem nosi nazwę OWLET zaś producent wprowadził nowszą wersję interfejsu użytkownika tego systemu; w praktyce producent posługuje się określonymi nazwami handlowymi dla określenia wersji platformy [interfejsu użytkownika i obsługującej dany system sterowania, najnowszą wersją tego interfejsu jest system OWLET EXEDRA (wcześniej OWLET IoT)]

Podkreślił, że to, że w referencji dotyczącej projektu Fluvius jest informacja, że dostarczono moduł komunikacyjny (sterownik] OWLET IoT, nie oznacza, że zaoferował inny system sterowania.

Stwierdził, że niezrozumiałym jest kwestionowanie referencji z uwagi na „dopisek IoT” (z ang. Internet of Things] skoro każdy system sterowania oferowany w postępowaniu jest systemem IoT, co zamawiający jako podmiot mając rozeznanie na rynku oświetleniowym powinien wiedzieć.

Uznał na powyższej podstawie, że zaoferowany system sterowania oświetleniem OWLET jest tożsamy z systemem sterowania wykazany w dokumencie referencji, z tą różnicą, że zaoferował wersję nowszą (obie wersje spełniają wymogi SIWZ w zakresie parametrów i funkcjonalności).

5. W odpowiedzi na pytanie nr 3 zamawiający nie uzyskał jednoznacznego potwierdzenia, że oświadczenie producenta dotyczy wyłącznie systemu OWLET EXEDRA.

W tym kontekście odwołał się do swojego stanowiska wskazanego w oświadczeniu z dnia 11 marca 2021 r., dodatkowo wskazując, iż kwestią mającą zasadnicze znaczenie

powinno być dla zamawiającego to, czy oświadczenie producenta dotyczyło doświadczenia i wykonania systemu zdalnego oświetlenia spełniającego wymogi SIWZ, niezależnie od okoliczności, że producent udoskonalił ten system (a w zasadzie jego interfejs), zmieniając nazwę handlową.

W ocenie odwołującego przyjęcie odmiennego rozumowania prowadziłyby do absurdu polegającego na tym, że żaden wykonawca nie mógłby po wprowadzeniu nowszej wersji produktu powoływać się na doświadczenie nabyte uprzednio, nawet jeśli poprzedni system spełniał wszystkie wymogi zamawiającego, a zaoferowany produkt jest lepszy).

Podsumował, że zamawiający dokonał oceny oferty subiektywnie i swobodnie, co jest niedopuszczalne w świetle zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Podniósł, że w ramach oceny ofert nie ma miejsca na jakiegokolwiek interpretacje, bowiem gdyby uznać, że możliwe jest dokonywanie jakichkolwiek interpretacji to istota skodyfikowanego postępowania, gdzie dopuszczalne są jedynie niewielkie odstępstwa, enumeratywnie wyliczone (art. 87 ustawy) zostałyby naruszona.

Odwołujący, jako przykład nierównego i nieobiektywnego traktowania wykonawców wskazał fakt, że w odniesieniu do oferty odwołującego, zamawiający przeprowadził wnikliwe postępowanie wyjaśniające, podczas gdy w przypadku referencji przedstawionych przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza nie podjął dodatkowych kroków w celu weryfikacji referencji dla poszczególnych systemów sterowania i projektów referencyjnych pomimo, że z załączonych przez tego wykonawcę dokumentów również nie wynika wprost czy załączone referencje dotyczą systemu sterowania zaoferowanego w postępowaniu oraz czy system sterowania wskazany przez wykonawcę, tj. City Touch spełnia wymagania zamawiającego.

Podał, że referencje z dnia 29 marca 2017 r. wystawione odpowiednio przez: CEVO s.r.o., Magistrat Miasta Kladno, Władze Miasta Tamasi oraz LIGHTTECH s.r.o. nie zawierają informacji potwierdzających, że zastosowany system sterowania jest systemem o bezprzewodowej komunikacji [tj. takim jakiego wymagał zamawiający).

Stwierdził, że po zapoznaniu się z oficjalną stroną producenta, tj. firmy Signify - Philips można powziąć takie wątpliwości.

W ocenie odwołującego postępowanie zamawiającego może również potwierdzać zasadność zarzutu dotyczącego nierównego traktowania wykonawców – z jednej bowiem strony zamawiający przyjął bezkrytycznie dokumenty przedłożone przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza i nie prowadził w tym zakresie postępowania wyjaśniającego, z drugiej w odniesieniu do oferty odwołującego zastosował bardziej rygorystyczne kryteria oceny, nie przestrzegając tym samym zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (USB) przy piśmie z dnia 9 kwietnia 2021 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołania – pisma zamawiającego z dnia 20 maja 2021 r., materiałów złożonych przez odwołującego i przystępującego na rozprawie, a także oświadczeń i stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.

Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawach zastosował przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) [dalej „ustawa nPzp”], ponieważ zostały one wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 26 marca 2021 r., czyli po dniu 31 grudnia 2020 r.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia we wszystkich częściach, których dotyczy odwołanie (1, 4, 5 i 7) oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy – czego zamawiający nie kwestionował, czym odwołujący wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Na podstawie art. 90 ust. 1 przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020): „*Do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*” [tj. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.] i wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia 6 października 2020 r. oraz tego, że nie zostało ono w 2020 roku zakończone, skład orzekający Izby ustalił, że do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej nadal „ustawa Pzp”].

Zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez nieobiektywną i dyskryminującą ocenę oferty odwołującego, w sposób niezgodny z treścią ogłoszenia o zamówieniu i określoną przez zamawiającego zasadą przyznawania punktów i w rezultacie nie przyznanie odwołującemu punktów, podczas gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert odwołujący powinien otrzymać maksymalną ilość punktów, a w konsekwencji zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w części 1, 4, 5 i 7 zamówienia nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje (część 1, 4, 5, i 7).

Zamawiający nadał zamówieniu tytuł „*Zmniejszenie zużycia energii elektrycznej poprzez modernizację infrastruktury oświetlenia zewnętrznego na terenach gminnych województw: wielkopolskiego, łódzkiego i dolnośląskiego*” Zadanie dofinansowane przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej” (strona tytułowa SIWZ).

W rozdziale III *Opis przedmiotu zamówienia* zamawiający określił przedmiot zamówienia jako „*roboty budowlane w zakresie modernizacji infrastruktury oświetlenia zewnętrznego na obszarze działania OUID sp. z o.o. w podziale na 10 części (wg załącznika nr 2 do SIWZ). Modernizacją objęte zostały obszary następujących miast i gmin: Babiak, Baranów, Blizanów, Brudzew, Ceków Kolonia, Chocz, Chodów, Czermin, Dąbie, Dobra, Gizałki, Golina, Gołuchów, Grabów, Jaraczewo, Jarocin, Kalisz, Kazimierz Biskupi, Kępno, Kleczew, Kłodawa, Koło - gmina, Koło - Miasto, Konin, Kościelec, Kotlin, Koźmin Wlkp., Krzymów, Lądek, Malanów, Międzybórz, Nowe Skalmierzyce, Odolanów, Olszówka, Opatówek, Osiek Mały, Ostrowite, Ostrów Wlkp. - miasto, Ostrzeszów, Pleszew, Przykona, Pyzdry, Rychwał, Skulsk, Słupca - gmina, Słupca - miasto, Sompolno, Stare Miasto, Stawiszyn, Syców, Ślesin, Tuliszków, Turek - miasto, Uniejów, Wieruszów, Wierzbinek, Wilczyn, Witkowo, Zagórow, Żelazków, Żerków.*”, odsyłając co do szczegółowego opisu technicznego przedmiotu zamówienia w podziale na części i etapy do załącznik nr 1 do SIWZ.

Specyfikując zawartość oferty, zamawiający w rozdziale X *Opis sposobu przygotowania ofert* wskazał, że oczekuje m.in. złożenia „Formularza oferty” (wypełnionego według opracowanego przez zamawiającego wzoru) albo według wzoru wykonawcy, zastrzegając, że w takim przypadku musi zawierać w szczególności: wskazanie oferowanego przedmiotu zamówienia, cenę ofertową brutto dla wybranej części, zobowiązanie dotyczące terminu realizacji zamówienia, terminu płatności, oświadczenie o okresie związania ofertą oraz o akceptacji wszystkich postanowień SIWZ i wzoru umowy bez

zastrzeżeń, a także informację, którą część zamówienia wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy.

W tym samym rozdziale w pkt. 6 zamawiający wskazał, że „w celu możliwości oceny oferty w kryterium „Ilość oprav objęta systemem” wraz z ofertą należy złożyć referencje bądź inne dowody”, zastrzegając jednocześnie („UWAGA”), iż dokumenty te (referencje bądź inne dowody) nie podlegają uzupełnieniu, poprawieniu, ani też wyjaśnieniom oraz, że „brak ich przedłożenia wraz z ofertą skutkować będzie przyznaniem 0 pkt”

W rozdziale XIV Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert zamawiający jednym z pozacenowych kryteriów oceny ofert ustanowił „Ilość oprav objętych systemem”, przypisując temu kryterium wagę 10 pkt; wskazując sposób oceny ofert w tym kryterium, nazwę kryterium zamawiający uzupełnił o „na terenie Unii Europejskiej”. Zamawiający podał: „W powyższym kryterium oceniana będzie ilość oprav objęta systemem zdalnego zarządzania opravami podana przez Wykonawcę w „Formularzu oferty”, potwierdzona referencjami lub innymi dokumentami. Ofertom zostaną przyznane punkty w zależności od podanych ilości oprav:

- a) do 5.000 szt. - 0 pkt
- b) od 5.001 do 10.000 szt. – 2 pkt
- c) od 10.001 do 20.000 szt. – 4 pkt
- d) od 20.001 do 30.000 szt. – 6 pkt
- e) od 30.001 do 50.000 szt. – 8 pkt
- f) powyżej 50.000 szt. – 10 pkt.

Podstawą przyznania punktów w tym kryterium będą referencje bądź inne dowody złożone w oryginale bądź kserokopii poświadczonej za „zgodność z oryginałem”, które należy złożyć wraz z ofertą.

UWAGA: ww. dokumenty nie podlegają uzupełnieniu, poprawieniu, ani też wyjaśnieniom. Brak ich przedłożenia wraz z ofertą skutkować będzie przyznaniem 0 pkt w danym kryterium.

Pismem z dnia 27 października 2020 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 38 ust. 4 ustawy Pzp dokonał modyfikacji SIWZ w następujący sposób: „w rozdz. XIV pkt 3 ppkt 3) w kryterium „Ilość oprav objęta systemem” wykreśla się słowa „na terenie Unii Europejskiej”. Ponadto Zamawiający modyfikuje punktację przyznawaną w niniejszym kryterium w ten sposób, że ofertom zostaną przyznane punkty w zależności od podanych ilości oprav:

- a) do 5.000 oprav – 0 pkt.,

- b) *od 5.001 do 10.000 oprav – 2 pkt.,*
- c) *od 10.001 do 15.000 oprav – 4 pkt.,*
- d) *od 15.001 do 20.000 oprav – 6 pkt.,*
- e) *od 20.001 do 25.000 oprav – 8 pkt.,*
- f) *powyżej 25.000 oprav – 10 pkt.”*

W „Formularzu ofertowym”, korzystając z opracowanego przez zamawiającego wzoru, odwołujący oświadczył, że *„ilość oprav objęta systemem zdalnego zarządzania opravami wynosi 84 340 szt.”* (pkt 4) oraz, że *„do realizacji zadania zostanie zastosowany system zarządzania opravami: Producent: Schröder, Nazwa: OWLET EXEDRA”* (pkt 16).

W pkt. 16 wzoru zamawiający oczekiwał podania przez wykonawcę: *„(producent, nazwa, itp.)*

Odwołujący złożył wraz z „Formularzem oferty” oświadczenie producenta *Schröder* z dnia 12 listopada 2020 r., w którym producent wskazał, że dotyczy ono prowadzonego przez zamawiającego postępowania na *„Zmniejszenie zużycia energii elektrycznej poprzez modernizację infrastruktury oświetlenia zewnętrznego na terenach gminnych województw: wielkopolskiego, łódzkiego i dolnośląskiego”* Zadanie dofinansowane przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej”

Producent oświadczył, że *„posiada wspólnie na terenie Unii Europejskiej następujące realizacje wyposażone w system inteligentnego sterowania. Kryterium „Ilość oprav objęta systemem sterowania” na terenie Unii Europejskiej., po czym ujęto tabelę z kolumnami: „Kraj” (wskazano: Polska, Rumunia, Hiszpania, Włochy, Belgia, Francja), „Nazwa projektu” (wskazano: w odniesieniu do Belgii – „Fluvius”) oraz „Ilość oprav z systemem sterowania” (wskazano w podsumowaniu 79 550 w tym w odniesieniu do projektu Fluvius – 25 869).*

Pismem z dnia 8 marca 2021 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśniając, oczekując odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) *Czy Wykonawca potwierdza, iż wskazany przez niego w pkt. 16 Formularza ofertowego system zarządzania opravami o nazwie „OWLET EXEDRA” istnieje, ponieważ brak jest informacji o tym systemie na stronach internetowych, podanego przez Wykonawcę, Producenta (Schröder)?*
- 2) *Czy oświadczenie Wykonawcy, o którym mowa w pkt. 4 Formularza ofertowego, iż „ilość oprav objęta systemem zdalnego zarządzania opravami wynosi 84 340 szt.” dotyczy wyłącznie zaoferowanego przez Wykonawcę w pkt 16 Formularza ofertowego systemu zarządzania opravami o nazwie „OWLET EXEDRA”?*
- 3) *Czy oświadczenie Firmy Schröder Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zawarte*

w piśmie z dnia 12 listopada 2020 r., iż „posiada wspólnie na terenie Unii Europejskiej następujące realizacje wyposażone w systemie inteligentnego sterowania” (79 550 sztuk) dotyczy wyłącznie zaoferowanego przez Wykonawcę w pkt 16 Formularza ofertowego systemu zarządzania oprawami („OWLET EXEDRA”)?”

Odwołujący złożył, pismem z dnia 11 marca 2021 r., następujące wyjaśnienia:

1. *Potwierdzamy, że oferowany przez nas system inteligentnego sterowania oświetleniem istnieje od wielu lat i funkcjonuje w ilościach znacząco przekraczających wskazane przez Państwa progi. Jednocześnie pragniemy zwrócić uwagę, że nazwa EXEDRA odnosi się do nazwy handlowej platformy (interfejsu użytkownika), służącej do obsługi oferowanego systemu sterowania OWLET produkcji Schröder.*

Podsumowując:

OWLET – to nazwa systemu sterowania oświetleniem

EXEDRA – to nazwa handlowa platformy (interfejsu użytkownika), obsługującej system sterowania oświetleniem OWLET.

W formularzu ofertowym, należało wpisać producenta, nazwę i dodatkowe, zatem uzupełniona została nazwa systemu sterowania oświetleniem OWLET o nazwę platformy EXEDRA. (...) W załączeniu odpowiednie oświadczenie Schreder Polska.

2. *Potwierdzamy że przedstawione przez nas referencje dotyczą sterowania zdalnego zarządzania zrealizowanymi przez firmy Mado i Schröder.*

Podkreślamy, iż już tylko referencja Schröder w Fluvius w ilości 25.869 na dzień składania ofert spełnia wymóg minimum 25000 szt w 100% i dotyczy ona ofertowanego systemu sterowania oświetleniem, zgodnie z wyjaśnieniami powyżej w punkcie 1.

3. *Tak potwierdzamy iż zgodnie z wyjaśnieniem powyżej w punkcie 1, oświadczenie z dnia 12 listopada 2020 dotyczące referencji jest zgodne z prawdą.*

W załączonym do wyjaśnień oświadczeniu producenta z dnia 10 marca 2021 r. zawarto informacje tożsame z wyjaśnieniami wykonawcy, a dodatkowo oświadczenie: „Niniejszym Fluvius potwierdza, że w roku 2020 firma Schreder BE dostarczyła 64 825 interaktywnych punktów świetlnych (oprawa + moduł komunikacyjny owlet IoT)”

Pismem z dnia 16 marca 2021 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze ofert najkorzystniejszych w częściach 1, 4, 5 i 7, uzasadniając w następujący nieprzyznanie odwołującemu punktów kryterium „Ilość opraw objętych systemem”: „Na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) nr 34/21 z dnia 8 lutego 2021 r. Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru ofert w zakresie części 1, 4, 5 i 7

i dokonał powtórzenia czynności wyboru ofert w tych częściach.

Zamawiający ponownie nie przyznał punktów Konsorcjum EL-SERWIS Ł. M. i Przedsiębiorstwo Usługowe „MADO” A. M. oraz FBSerwis SA w kryterium „ilość opraw objęta systemem”. Nieprzyznanie punktów spowodowane jest brakiem przedłożenia dokumentów z których jednoznacznie wynikałoby, iż zaoferowana ilość opraw w pkt. 4 Formularza ofertowego jest objęta systemem zdalnego zarządzania określonym przez Wykonawców w pkt. 16 Formularza ofertowego tj. „OWLET EXEDRA”. Załączone dokumenty są zbyt ogólnikowe i nie odnoszą się wprost do konkretnego systemu wskazanego przez Wykonawców („OWLET EXEDRA”).

Dokonując ponownej oceny ofert, Zamawiający pismem z dnia 8 marca 2021 roku, na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp, wezwał Wykonawców - Konsorcjum EL-SERWIS Ł. M. i Przedsiębiorstwo Usługowe „MADO” A. M. oraz FBSerwis SA, do złożenia wyjaśnień, zadając następujące pytania: (...)

W odpowiedzi na pytanie nr 1, Zamawiający nie uzyskał potwierdzenia od obu Wykonawców, że istnieje system podany w pkt. 16 Formularza ofertowego o nazwie „OWLET EXEDRA”.

*Ze zgodnych wyjaśnień Wykonawców, na podstawie pisma producenta z dnia 10 marca 2021 roku, wynika jednoznacznie, iż:
„OWLET - to system sterowania oświetleniem
EXEDRA – to nazwa handlowa platformy (interfejsu użytkownika), obsługującej system sterowania oświetleniem OWLET.”*

W odpowiedzi na pytanie nr 2, Zamawiający nie uzyskał potwierdzenia, iż podana ilość opraw w pkt. 4 Formularzy ofertowych: Wykonawcy – Konsorcjum EL-SERWIS Ł. M. i Przedsiębiorstwo Usługowe „MADO” A. M. wynosząca 84 340 szt. oraz Wykonawcy - FBSerwis SA wynosząca powyżej 25 000 szt., dotyczy wyłącznie oferowanego w pkt. 16 Formularza ofertowego, systemu zarządzania oprawami.

W odpowiedzi na pytanie nr 3, Zamawiający nie uzyskał jednoznacznego potwierdzenia, iż oświadczenie producenta - Firmy Schreder Polska Sp. z o.o. dotyczące posiadania wspólnie na terenie Unii Europejskiej realizacji wyposażonych w system inteligentnego sterowania (79 550 szt.), dotyczy wyłącznie zaoferowanego przez Wykonawców w pkt. 16 Formularza ofertowego systemu zarządzania oprawami „OWLET EXEDRA”.

Reasumując, na podstawie pierwotnie złożonych dokumentów oraz dodatkowych wyjaśnień, w których Wykonawcy nie odnieśli się wprost do zadanych pytań udzielając wymijających i nieprecyzyjnych odpowiedzi, Zamawiający nie jest w stanie jednoznacznie określić jaki dokładnie system został zaoferowany przez Wykonawców oraz czy posiada on wymagane referencje. Przykładowo wskazana w dokumencie referencyjnym ilość opraw na

terenie Belgii (Nazwa projektu: „Fluvius”) wynosząca 25 869 szt., jak wynika z przedłożonego przez Wykonawców dokumentu w ramach powyższych wyjaśnień, tj. „potwierdzenia dostawy punktów świetlnych (oprawa + moduł komunikacyjny Owlet IoT)” dotyczy systemu Owlet IoT, czyli innego niż został określony w Formularzu ofertowym.

Na tej podstawie Zamawiający nie jest w stanie jednoznacznie określić jaka ilość opraw i w których pozycjach przedłożonego dokumentu referencyjnego, dotyczy oferowanego systemu „OWLET EXEDRA”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Postanowienia SIWZ nie pozostawiają wątpliwości, że zamawiający, w celu przyznania punktów w kryterium „Ilość opraw objęta systemem”, oczekiwał złożenia przez wykonawcę oświadczenie samego wykonawcy, który miał podać ilość opraw objętych systemem w pkt. 4 „Formularza ofertowego” oraz potwierdzenia tej ilości, poprzez złożenie wraz z ofertą referencji bądź innych dowodów. Fakt, że referencje bądź inne dokumenty miały potwierdzać ilość opraw oznacza, że oświadczenie wykonawcy miało zostać potwierdzone przez podmiot inny niż sam wykonawca. Odmienne rozumienie wymogu zamawiającego co do potwierdzenie ilości opraw czyniłoby zbędnym wymóg złożenie referencji bądź innego dokumentu. Innymi słowy, wykonawca nie mógł złożyć „powtórnego”, potwierdzającego oświadczenie „własnego”; referencje bądź inny dokument winny być wystawione przez inny niż sam wykonawca podmiot.

W przedmiotowym postępowaniu, co także bezsprzecznie wynika z treści SIWZ, zamawiający oczekiwał, aby wskazana przez wykonawcę (i potwierdzona) ilość opraw dotyczyła zaoferowanego systemu zdalnego zarządzania opravami.

Odwołujący twierdził, że zaoferował system producenta Schröder o nazwie Owlet, przy czym w „Formularzu ofertowym” wskazał dodatkowo (co dopuszczał zamawiający – „itp.”) nazwę platformy użytkownika do obsługi systemu sterowania, tj. Exedera.

Dostrzec jednak należy, że w „Formularzu ofertowym” odwołujący nie rozdzielił przecinkiem „Owlet Exedera” (jak rozdzielił zamawiający przecinkiem „producent, nazwa, itp.”) wobec czego zamawiający zasadnie przyjął, że jest to nazwa oferowanego systemu. Skoro – jak utrzymywał odwołujący – „Exedera” to nie nazwa samego systemu, ale informacja dodatkowa o nazwie platformy użytkownika to winien wyraz Owlet od wyrazu Exedera przedzielić przecinkiem, czego niewątpliwie nie uczynił.

Kluczowe jest jednak to, że w złożonym przez odwołującego dokumencie od producenta Schröder z 12 listopada 2020 r. nie wskazano w ogóle systemu w jakim zrealizowano projekty o wskazanych ilościach opraw, co uniemożliwia identyfikację systemu, a tym samym uznanie, że dokument ten dotyczy systemu zaoferowanego przez odwołującego wskazanego w pkt. 16 „Formularza ofertowego” (abstrahując nawet oceny czy

Owlet Exedera to nazwa zaoferowanego systemu czy system Owlet z platformą użytkownika do obsługi systemu sterowania). W konsekwencji uniemożliwia to przyznanie punktów w kryterium „Ilość oprav objętych systemem” w zgodnie ze sposobem wskazanym przez zamawiającego w rozdziale XIV pkt 3 ppkt 3) SIWZ.

Podkreślenia wymaga, że to odwołujący winien, jeśli chciał uzyskać punkty w kryterium „Ilość oprav objętych systemem”, w sposób nie budzący wątpliwości, przewidziany przez zamawiającego w SIWZ, tj. poprzez oświadczenie własne i potwierdzenie (referencje / inny dokument) innego podmiotu wykazać, że podana ilość oprav objęta jest nie jakimkolwiek systemem, ale systemem zaoferowanym przez wykonawcę.

W przedmiotowej sprawie obowiązek wykazania powyższego został przez zamawiającego wyeksponowany, poprzez zastrzeżenie, że dokumenty (referencje bądź inne dowody) nie podlegają uzupełnieniu, poprawieniu, ani też wyjaśnieniom. Zamawiający wykluczył zatem możliwość wyjaśniania niejasnych treści złożonych przez wykonawców dokumentów, przewidując po prostu skutek w postaci przyznania 0 pkt. w kryterium.

Skoro brak było możliwości identyfikacji systemu, o którym mowa w dokumencie producenta Schröder jako tożsamego z systemem wskazanym przez odwołującego w „Formularzu ofertowym” (co uniemożliwiało przyznanie punktów w kryterium – brak potwierdzenia) to uznać należy, że zamawiający w uzasadnieniu z 16 marca 2021 r. trafnie argumentował, że złożone przez odwołującego dokumenty *„nie odnoszą się wprost do konkretnego systemu wskazanego przez Wykonawców”*.

Abstrahując od tego, że zamawiający, wzywając odwołującego, pismem z dnia 8 marca 2021 r., do złożenia wyjaśnień postąpił wbrew wyartykułowanemu przez siebie zastrzeżeniu, stwierdzić należy, że odwołujący wątpliwości zamawiającego nie wyjaśnił.

O ile odwołujący oświadczył (odpowiedź na pytanie nr 1) , że zaoferowany przez niego system zarządzania opravami istnieje (przy przyjęciu, że Owlet Exedera to system o nazwie Owlet z platformą użytkownika o nazwie Exedera, a nie, że Owlet Exedera to nazwa systemu), o tyle odwołujący nie wskazał czy 84 340 szt. oprav z pkt. 4 „Formularza ofertowego” to wyłącznie oprawy w zaoferowanym systemie (pytanie nr 2) oraz nie wyjaśnił rozbieżności pomiędzy ilością oprav z dokumentu producenta – 79 550 a ilością oprav w oświadczeniu odwołującego – 84 340 – pkt 4 Formularza ofertowego (pytanie nr 3).

Odpowiadając na pytanie nr 2, odwołujący wskazał jedynie, że oprawy w ilości 25 869 (Fluvius) z 84 340, o które pytał zamawiający dotyczą zaoferowanego systemu (przy przyjęciu, że Owlet Exedera to system o nazwie Owlet z platformą użytkownika o nazwie Exedera, a nie, że Owlet Exedera to nazwa systemu), zaś odpowiadając na pytanie nr 3 pominął zupełnie rozbieżności, o które pytał zamawiający.

Nie sposób zatem uznać, że odwołujący rozwiął wątpliwości zamawiającego.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający zasadnie nie przyznał odwołującemu punktów w kwestionowanym kryterium – nie mógł tego zrobić, nie dysponując referencjami/innym dokumentem producenta Schröder potwierdzającymi, że wskazana przez odwołującego ilość opraw objęta jest systemem zdalnego zarządzania oprawami podanym przez odwołującego w „Formularzu oferty”.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 ustawy nPzp, a także w oparciu o § 5 pkt 1) lit. a) 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 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: