

WYROK
z dnia 27 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Marta Słoma
Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę **LUG Service sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Kutno z siedzibą w Kutnie**,

przy udziale wykonawcy **SPIE Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Miastu Kutno z siedzibą w Kutnie:**
 - **unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,**
 - **unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy LUG Service sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze,**
 - **odrzucenie oferty wykonawcy SPIE Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku,**
 - **przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy LUG Service sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze.**
2. **Kosztami postępowania obciąża: zamawiającego Miasto Kutno z siedzibą w Kutnie w części 4/5 i wykonawcę LUG Service sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze w części 1/5 i:**
 - 2.1 **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę LUG Service sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

2.2 zasądza od zamawiającego **Miasto Kutno z siedzibą w Kutnie** na rzecz wykonawcy **LUG Service sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** kwotę **14 880,00 zł** (słownie: czternaście tysięcy osiemset osiemdziesiąt złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) 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

Miasto Kutno z siedzibą w Kutnie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) - zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja oświetlenia drogowego na terenie Miasta Kutno wraz z instalacją autonomicznego systemu sterowania oświetleniem”, znak sprawy: ZP.271.5.2021.TMa. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 31 maja 2021 r. pod pozycją 2021/S 099-260771. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne wskazane w art. 3 ust. 1 Pzp.

W dniu 13 sierpnia 2021 r. wykonawca LUG Service sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (dalej: „Odwołujący” lub „Wykonawca”) wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami Pzp czynności Zamawiającego polegającej na:

- odrzuceniu przez Zamawiającego oferty Odwołującego;
- zaniechaniu odrzucenia przez Zamawiającego oferty wykonawcy SPIE ELBUD Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Przystępujący”);
- dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty SPIE ELBUD Gdańsk S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucał Zamawiającego naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp i w konsekwencji art. 107 ust. 2 w zw. z art. 107 ust. 3 Pzp przez błędne odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku niesłusznego uznania, że treść jego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, podczas gdy treść oferty odpowiada warunkom określonym przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), a w konsekwencji powyższego brak wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp w sytuacji, gdy brak było podstaw do odrzucenia oferty;
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez nieodrzućenie oferty SPIE ELBUD Gdańsk S.A. pomimo, iż treść oferty złożonej przez tego wykonawcę jest niezgodna z warunkami zamówienia ustalonymi przez Zamawiającego w SWZ;

3. art. 239 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez SPIE ELBUD Gdańsk S.A. pomimo, iż treść oferty nie jest zgodna z warunkami zamówienia ustalonymi przez Zamawiającego w SWZ.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także innych dowodów wskazanych w niniejszym odwołaniu oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;
3. nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wezwanie Odwołującego do złożenia tłumaczeń dokumentów zgodnie z przepisem art. 107 ust. 2 Pzp;
 - b) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - c) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w odwołaniu;
 - d) odrzucenia oferty SPIE ELBUD Gdańsk S.A. jako oferty niezgodnej z wymogami SWZ;
 - e) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej po wykonaniu powyższych czynności.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazywał, że:

1. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego (zarzut oznaczony jako zarzut 1 odwołania).

Odwołujący podniósł, że w informacji z dnia 3 sierpnia 2021 r. Zamawiający wskazał, że przyczyną odrzucenia jego oferty była niezgodność z warunkami zamówienia. Zdaniem Zamawiającego niezgodność ta polega na braku złożenia sprawozdania z badania LM-80-08 źródeł światła LED w temperaturze ($T_s[T_c]$) wynoszącej 55°C. Zamawiający w swoim piśmie stwierdził, iż Odwołujący rzekomo złożył „przedmiotowy środek dowodowy w postaci sprawozdania z badania LM-80-08 źródeł światła LED”. Następnie Odwołujący wyjaśnił, że okoliczność braku złożenia przedmiotowego sprawozdania z badania w temperaturze 55°C jest według Zamawiającego o tyle istotna, iż jako jedno z kryteriów oceny ofert Zamawiający przyjął trwałość strumienia światła oprawy ulicznej mierzona parametrem L80B10.

W warunkach ustalonych w SWZ Zamawiający wskazał, że przedmiotowym środkiem dowodowym jest sprawozdanie z badania LM-80-08 lub inny dokument równoważny,

jednocześnie szeroko opisując warunki uznania dokumentu za równoważny. Warunki równoważności zostały określone szczegółowo przez Zamawiającego, który stwierdza, że badanie strumienia następuje:

- a) co ok. 1000 godzin;
- b) przynajmniej 5 razy w ciągu testowanego czasu;
- c) przez czas minimum 10 000 godzin;
- d) w temperaturach wskazanych jako referencyjne wraz z prognozą trwałości strumienia, zgodną ze wzorem matematycznym używanym w przypadku Memorandum Technicznego TM-21-11.

Zdaniem Wykonawcy odnosząc powyższe do treści oferty złożonej przez niego należy stwierdzić, że Zamawiający niesłusznie uznał, że złożył on przedmiotowy środek dowodowy w postaci „sprawozdania z badania LM-80-08”, bowiem w rzeczywistości dokument przedstawiony przez Odwołującego jest dokumentem pn. „Raport z badania trwałości strumienia światła LED wraz z prognozą trwałości strumienia światła LED”, a co za tym idzie powinien zostać uznany za dokument równoważny do „sprawozdania z badania LM-80-08”. Powyższe znajduje również potwierdzenie w treści samego dokumentu, który nie odnosi się do zasad zawartych w normie LM-80-08, ale bazuje wprost na kryteriach równoważności określonych przez Zamawiającego, tj. badanie zostało przeprowadzone przez niezależne laboratorium, nie rzadziej niż co 1000 godzin (a), nie mniej niż 5 razy (b) w ciągu testowanego czasu minimum 10.000 godzin (c) w temperaturach referencyjnych (d) z zastosowaniem wzorów matematycznych podanych w Memorandum Technicznym TM-21-11. Wobec powyższego Odwołujący stwierdził, że raport z badania trwałości strumienia światła LED wraz z prognozą trwałości strumienia światła LED przedstawiony przed Odwołującym spełnia warunki równoważności ustalone przez Zamawiającego w treści SWZ i Zamawiający powinien dokonać jego badania w toku badania ofert.

Odwołujący podał, że Zamawiający jednoznacznie wskazał, że kalkulator prognozy trwałości zgodny z memorandum technicznym TM-21 dostępny jest dla temperatur 55°, 85° i 105°C i nie ma możliwości weryfikacji danych dla innych temperatur T_s (T_c). Nie sposób w takim przypadku zgodzić się z obecnym zarzutem Zamawiającego, który stwierdza, że nie jest w stanie stwierdzić, czy zadeklarowana w ofercie Odwołującego trwałość strumienia światła mierzona parametrem L80B10 wynosi powyżej 140 000 godzin, chociaż wcześniej jednoznacznie wskazał, że memorandum techniczne TM-21-11 przewiduje trzy temperatury, tj. 55°, 85° i 105°C.

2. Zarzut odnoszący się do nieodrzczenia oferty SPIE ELBUD Gdańsk S.A. (oznaczony jako zarzut 2 i 3 odwołania).

a)

Odwołujący stwierdził, że w „Opisie wymagań dotyczących wydajności i funkcjonalności modernizowanego systemu oświetlenia drogowego na terenie Miasta Kutno” Zamawiający określił zakres wymagań odnoszących się do obliczeń fotometrycznych wskazanych w pkt 3.7.1. ppkt 1 SWZ. Zamawiający wskazał jednoznacznie, że wymaga podania wyników obliczeń fotometrycznych dla dwóch obserwatorów. W rozpoznawanym postępowaniu wszyscy wykonawcy posłużyli się obliczeniami fotometrycznymi wykonanymi w programie Dialux. W obliczeniach fotometrycznych złożonych przez SPIE EBLUD Gdańska S.A. wraz z ofertą zaprezentowany został tylko jeden wynik – „Wyniki dla pól oceny”, który nie zawiera wyników dla dwóch obserwatorów. Wobec powyższego Zamawiający nie ma możliwości ustalenia poprawności wyników luminancji [L1 i L2] lub natężenia w odniesieniu do obserwatora 1 i 2. W ocenie Odwołującego tym samym należy uznać, że SPIE ELBUD Gdańska S.A. nie potwierdził spełnienia przez oferowane dostawy wymagań lub cech określonych przez Zamawiającego w SWZ i opisie wymagań. Jednocześnie, z uwagi na brzmienie przepisu art. 107 ust. 3 Pzp, Zamawiający nie ma możliwości wezwania do poprawienia złożonych przedmiotowych środków dowodowych służących potwierdzeniu zgodności z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, którym w przedmiotowym postępowaniu niewątpliwie są obliczenia fotometryczne wskazane przez Zamawiającego w pkt 3.7.1. ppkt 1 SWZ. Zgodnie z powyższym Zamawiający powinien odrzucić ofertę SPIE ELBUD Gdańsk na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

b)

Kolejno Odwołujący podniósł, że w tabeli numer 8 zawartej w dokumencie pn. „Opis wymagań dotyczących wydajności i funkcjonalności modernizowanego systemu oświetlenia drogowego na terenie Miasta Kutno” w wierszu 4 Zamawiający wskazał wymiary opraw oświetlenia parkowego. Minimalna wysokość opraw parkowych wynosi 120 cm, natomiast maksymalna wysokość 168 cm ($120 \text{ cm} \cdot 1,4$). Wykonawca podkreślał, że zgodnie ze wskazaną przez Zamawiającego tolerancją, dopuścił on jedynie zastosowanie oprawy większej niż ustalone pierwotnie 120 cm, na co wskazuje jasno zapis „+40%”, nie natomiast stosowany szeroko w praktyce zapis „+/- 40%”. Jednak nawet przy założeniu, że Zamawiający „miał na myśli” możliwość zwiększenia lub zmniejszenia rozmiaru, dopuszczalna granica tolerancji wynosi 72 cm. Zgodnie z Kartą Techniczną oprawy parkowej TOWNTUNE CENTRAL POST-TOP przedłożoną przez SPIE ELBUD Gdańsk S.A., wysokość oprawy parkowej wynosi 70 cm lub 187 cm (w zależności od sposobu

pomiaru). Odwołujący podniósł, że żadna ze wskazanych wartości, tj. 70 lub 187 cm, nie mieści się w zakresie pomiędzy 120 a 168 cm, a nawet w zakresie pomiędzy 72 a 168 cm, w związku z czym zaoferowana oprawa parkowa nie spełnia warunków ustalonych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego oferta SPIE ELBUD Gdańsk S.A. powinna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia.

c)

Następnie Odwołujący wskazywał, że Zamawiający wymagał plików fotometrycznych zastosowanych w obliczeniach, które zostały opisane w pkt. 3.7.1. ppkt 1. W przedmiotowym postępowaniu SPIE ELBUD Gdańsk S.A. złożył szereg plików w formacie .ltd, jednak po wczytaniu tych plików do programu Dialux, tj. programu wspomagającego projektowanie, który w niniejszym postępowaniu zastał użyty przez wszystkich wykonawców, zestaw prezentowanych danych różni się od danych, które zostały zastosowane w obliczeniach fotometrycznych. Zdaniem Odwołującego porównanie wskazuje wprost, że różnice nie zawierają się jedynie w warstwie nazewnictwa oprawy, ale obejmują również cechy techniczne opraw:

- a) strumień świetlny – w obliczeniach fotometrycznych 7532 lm; w pliku ltd 7503 lm;
- b) sprawności – w obliczeniach fotometrycznych 83.69%, w pliku ltd 83.36%.

Wobec powyższego zdaniem Odwołującego należało uznać, że pliki fotometryczne w formacie .ltd, które zostały złożone przez SPIE ELBUD Gdańsk S.A. w tym postępowaniu nie stanowią plików fotometrycznych zastosowanych w obliczeniach opraw. Tym samym Zamawiający powinien odrzucić ofertę SPIE ELBUD Gdańsk S.A. na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jako niezgodną z warunkami zamówienia.

Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie w której wnosił o jego oddalenie w całości. Do pisma Zamawiający załączył dowód w postaci rekomendacji dotyczących unijnych kryteriów zielonych zamówień publicznych na oświetlenie drogowe i sygnalizację świetlną wydanych w Brukseli, dn. 10.12.2018 r. SWD (2018) 494 finał opracowanych przez Komisję Europejską - strony 35 i 36.

W uzasadnieniu pisma podniósł m. in., że zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, iż złożony przez niego dokument nie stanowi sprawozdania z badania LM-80-08. Zamawiający wyjaśnił, że dokonując analizy treści złożonego wraz z ofertą Odwołującego Raportu stwierdził, iż dokument ten nie spełnia wymogów wskazanych w SWZ dla

dokumentu równoważnego, bowiem nie zawiera badań we wszystkich temperaturach referencyjnych wymaganych w SWZ. Pod pojęciem temperatur referencyjnych zgodnie z pkt 3.7.1. ppkt 3 SWZ Zamawiający rozumiał temp. T_s (T_c) = 55°C oraz 85°C. Przedmiotowy Raport jest zatem niekompletny, ponieważ nie zawiera badań przeprowadzonych dla wymaganej w SWZ temperatury T_s (T_c) = 55 0 C. Tym samym nie zawiera również prognozy trwałości strumienia wykonanej zgodnie ze standardem TM-21-11 dla temperatury T_s (T_c) = 55°C. W tym zakresie Odwołujący posłużył się jedynie oświadczeniem producenta opraw Cree LED, z treści którego wynika, iż badanie w temperaturze 85°C jest równoważne do badania w temperaturze 55°C. Twierdzenie to nie stanowi spełnienia jednoznacznie sformułowanego w treści SWZ wymogu przedłożenia przedmiotowego środka dowodowego wskazanego w pkt 3.7.1. ppkt 3 SWZ tj. badań wraz z prognozą wykonanych w obydwu referencyjnych temperaturach, tj. 55°C i 85°C, obligatoryjnych również dla dokumentu równoważnego. Zamawiający podkreślał, że żądał dokumentu stanowiącego przedmiotowy środek dowodowy opisany w SWZ, potwierdzającego przez niezależny od producenta lamp podmiot (jednostkę oceniającą zgodność - art. 105 Pzp) spełnienie wymogu trwałości źródeł światła. Taki dokument wymagany był przez Zamawiającego w celu uzyskania zapewnienia przez oferowane dostawy wymogów SWZ, zwłaszcza ze względu na fakt, iż przedmiotowe zamówienie jako tzw. „zielone zamówienie” musi zapewniać uzyskanie efektu ekologicznego.

Zamawiający wskazywał, że przeprowadzenie badania w temperaturze 55°C oraz załączenie prognozy dla temperatury 55°C było niezbędne w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert (w celu oceny ofert). Przekazanie Zamawiającemu jedynie oświadczenia producenta opraw CREE LED z treści, którego wynika, że projekcje TM - 21 na zestawach danych LM-80 testowane w temperaturze 85°C są ważne dla warunków pracy 55°C, zwłaszcza nie popartego żadnymi dokumentami pochodzącymi od podmiotu niezależnego od producenta i Odwołującego (np. akredytowanego laboratorium), nie jest wystarczające dla oceny, że zaoferowana przez Odwołującego trwałość strumienia światła oprawy marki LUG ze źródłami światła LED marki CREE rzeczywiście wynosi powyżej 140 000 h, jak zadeklarował w swojej ofercie Odwołujący. Złożenie takiego oświadczenia nie jest równoznaczne ze złożeniem przedmiotowego środka dowodowego dla potwierdzenia przeprowadzenia badania w temperaturze 55°C.

Mając na uwadze powyższe oraz z uwagi na brak ustawowej możliwości uzupełnienia dokumentu, Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w kwestii konieczności odrzucenia oferty Odwołującego, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, bowiem w ocenie Zamawiającego dokument oznaczony 1 3.7.1 3 Raport z badania trwałości strumienia światła LED z prognozą trwałości z racji wyżej wskazanych powodów nie spełnia wszystkich

wymogów dla przedmiotowego środka dowodowego, który zgodnie z pkt 3.7.1. ppkt 3) SWZ należało złożyć wraz z ofertą.

W zakresie zarzut odnoszący się do nieodrzczenia oferty SPIE ELBUD Gdańsk S.A. (oznaczony jako zarzut 2 i 3 odwołania) Zamawiający stwierdził, że każdy z wykonawców miał złożyć wraz z ofertą pliki fotometryczne opraw, które były użyte do wykonania obliczeń fotometrycznych wykazujący ich zgodność z Normą oświetleniową PN-EN 13201:2015. Pliki te przez wszystkich wykonawców zostały prawidłowo złożone i podpisane podpisem kwalifikowanym. Wprowadzając te pliki do oprogramowania DIALUX, którego użycie było przewidziane w załączniku do Załącznika nr 1 do SWZ, eksperci Zamawiającego mogli zweryfikować poprawność obliczeń a w sytuacji, kiedy wykonawca się pomylił zmieniając np. geometrię drogi była możliwość poprawienia obliczeń z wykorzystaniem materiałów źródłowych. Obliczenia bez prezentacji drugiego obserwatora są również prawidłowe. ponieważ program DIALUX prezentuje obliczenia luminacji lub natężenia światła dla obserwatora. którego wyniki były gorsze. Nie prezentuje tych lepszych. Tak samo były wykonane obliczenia fotometryczne w załączniku nr 1 do SWZ „Opis wymagań dotyczących wydajności i funkcjonalności modernizowanego systemu oświetlenia drogowego na terenie Miasta Kutno”. Zamawiający stwierdził, że obliczenia zostały wyrywkowo zweryfikowane i nie została wykryta żadna sprzeczność z Normą PN-EN 13201:2016. W ocenie Zamawiającego zarzut ten nie zasługiwał również na uwzględnienie.

Odpowiadając na zarzut nr 3 dotyczący wymiarów oprawy parkowej Zamawiający stwierdził, że z treści oferty SPIE ELBUD S.A. wynika, że oprawy będą wyposażone w układ sterujący, który montowany jest na wierzchu oprawy. Po wyposażeniu oprawy w układ sterujący wymiar zewnętrzny oprawy będzie większy od minimalnej, granicznej wartości określonej w SWZ. Na podstawie złożonych dokumentów nie ma możliwości określenia tej wartości z dużą dokładnością i Zamawiający dysponuje tylko wartością szacunkową.

Zaś odpowiadając na ostatni z zarzutów (nr 4) - różnice w danych fotometrycznych opraw w plikach eulum.dat i skrócie parametrów w programie DIALUX - Zamawiający stwierdził, że skrót parametrów widocznych w programie DIALUX, których rozbieżność z plikami źródłowymi w ofercie wykonawcy SPIE ELBUD SA można zaobserwować nie były związane z kryteriami oceny ofert. Kryteria jakościowe to moc całkowita (która jest zgodna w fotometrii i kalkulacji ceny oferty) oraz trwałość strumienia źródeł światła LED oprawy, przy spełnieniu Normy PN-EN 13201:2016. Różnica wychwycona przez Odwołującego wynosi ok. 3,98 0/00 (promila) i jest wartością nieistotną, ponieważ jest na 3 miejscu po przecinku. Tak nieznaczne różnice są praktycznie nie mierzalne i nie mają żadnego wpływu na parametry

podlegające ocenie. Tym bardziej, że obliczenia były weryfikowane przez ekspertów Zamawiającego.

Również Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości i w tym zakresie zaprezentował stosowną argumentację. Do złożonego pisma Przystępujący załączył dowody:

1. Przykładowe obliczenie „Kutno 1” wykonane w programie DIALUX,
2. Przykładowe obliczenie „Kutno 1” wykonane w programie DIALUX (wersja z obserwatorami),
3. Instrukcja montażowa Philips Town Tune Central Post-Top.

W toku rozprawy zostały złożone następujące dowody:

- Raport z badań IES LM-80-2008 złożony przez Odwołującego w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia.
- „Obliczenia wykonane przy wykorzystaniu danych plików fotometrycznych .ltd załączonych do oferty”.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody oraz oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego wyrażone w pismach procesowych oraz na rozprawie Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 505 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba za konieczne uznała przytoczenie przepisów Pzp, których naruszenie Zamawiającemu zarzucał Odwołujący, które zostały powołane poniżej.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Po dokonaniu wszechstronnej analizy zgłoszonych zarzutów w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba doszła do przekonania, że zarzuty zawarte w odwołaniu w części należy uznać za uzasadnione.

1. Zarzut nr 1 – dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Izba stwierdziła, że zgłoszony zarzut zasługuje na uznanie.

W zakresie rozpoznawanego zarzutu Izba w oparciu o informacje zawarte w piśmie Zamawiającego z dnia 3 sierpnia 2021 r. ustaliła, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający uczynił przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp wskazując jednocześnie, że: „Wykonawca zgodnie z oświadczeniem złożonym w formularzu „Oferta Wykonawcy” w pkt 3 zadeklarował trwałość strumienia światła proponowanej oprawy ulicznej mierzoną parametrem L80B10 wynoszącą powyżej 140 000 h. Na potwierdzenie powyższego Wykonawca złożył przedmiotowy środek dowodowy w postaci sprawozdania z badania LM-80-08 źródeł światła LED wykonanego przez laboratorium posiadające akredytację niezależnego laboratorium. Zamawiający dokonując analizy przedmiotowego sprawozdania uznał, iż dokument ten jest niezgodny z wymaganiami SWZ, bowiem nie zawiera badań dla wymaganej w pkt 3.7.1. ppkt 3) SWZ temperatury T_s (T_c) = 55°C. W konsekwencji Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić czy zadeklarowana w ofercie Wykonawcy trwałość strumienia światła oferowanej oprawy marki LUG ze źródłami światła LED marki CREE, mierzona parametrem L80B10 wynosi powyżej 140 000 h dla prądu roboczego, na którym pracują źródła światła w oprawie. Wobec niekompletności złożonego przez Wykonawcę sprawozdania, należy uznać, że określone w SWZ warunki zamówienia wynikające z kryterium oceny ofert, o którym mowa w pkt 16.2. ppkt 3) SWZ nie zostały należycie udokumentowane i w konsekwencji Zamawiający nie może dokonać pełnej oceny oferty we wskazanym kryterium.

Złożenie niekompletnego przedmiotowego środka dowodowego w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert (w celu oceny ofert) skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Z uwagi na fakt, iż przedmiotowy środek dowodowy wskazany w pkt 3.7.1. ppkt 3) SWZ

służył potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw z ww. kryterium oceny ofert, Zamawiający zgodnie z pkt 3.7.4. SWZ w związku z przepisem art. 107 ust. 3 ustawy Pzp, nie był uprawniony do wezwania Wykonawcy do jego uzupełnienia w dodatkowym terminie”.

Jednocześnie w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że „Odwołujący w uzasadnieniu w punkcie 1.4. i 1.5. (strona 5 Odwołania) słusznie zauważył, że faktycznie nie załączył do oferty sprawozdania z badania trwałości strumienia diod LED wg standardu określanego nazwą LM 80-08 dla żadnej temperatury wymaganej w SWZ, tj. 55°C i 85°C, gdyż do oferty jako przedmiotowy środek dowodowy wymagany zgodnie z pkt 3.7.1. ppkt 3) SWZ, Odwołujący załączył dokument pn. „Raport z badania trwałości strumienia światła LED wraz z prognozą trwałości strumienia światła LED” dla temperatury 85°C i 105°C, mający w ocenie Odwołującego stanowić dokument równoważny. (...) Zamawiający zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, iż w/w dokument nie stanowi sprawozdania z badania LM-80-08. W opinii Odwołującego „Raport z badania trwałości strumienia światła LED wraz z prognozą trwałości strumienia światła LED” został złożony jako dokument równoważny, który zgodnie z treścią odwołania nie odnosi się do zasad zawartych w normie LM80-08, ale bazuje wprost na kryteriach równoważności określonych przez Zamawiającego.

W toku rozprawy Zamawiający oświadczył, że „został popełniony błąd, ponieważ Zamawiający przy badaniu oferty Odwołującego był przekonany, że raport z badania LM80-08 jest załączony, tylko brak jest badania dla temperatury 55°C. Natomiast, po weryfikacji stwierdził, że brak jest całego raportu LM80-08. Ponadto brak jest prognozy TN-21-11 dla temperatury 55°C. Zamawiający wyjaśnia, że raport z badania trwałości strumienia światła LED był traktowany przez Zamawiającego jako prognoza TN-21-11, natomiast nie był traktowany jako dokument równoważny dla sprawozdania badania LM80-08”. Zamawiający oświadczył również, że badał dokumentu złożonego przez Odwołującego pt. „Raport z badania trwałości strumienia światła LED” pod kątem równoważności względem sprawozdania LM 80-08.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że Zamawiający w toku rozprawy przyznał, że błędnie uznał, iż dokument złożony przez Odwołującego stanowi sprawozdanie LM80-08 zamiast dokument równoważny i w toku prowadzonego postępowania nie prowadził żadnego badania tego dokumentu względem ustalenia złożony dokument spełnia wymagania równoważności ustalone przez Zamawiającego w SWZ. Powyższe przesądza o tym, że odwołanie należy uwzględnić, co skutkować będzie tym, że Zamawiający zobowiązany będzie przeprowadzić ponowne badanie dokumentu pn. „Raport z badania trwałości strumienia światła LED” uwzględniając przy tym wymogi równoważności określone przez Zamawiającego w SWZ.

Izba nie podziela zapatrywań Przystępującego, który powołując się na przepis art. 552 ust. 1 Pzp stwierdził, że tego rodzaju badanie powinna przeprowadzić Izba w toku postępowania odwoławczego. Izba wskazuje, że podmiotem prowadzącym postępowanie o udzielenie zamówienia jest Zamawiający i to on, jako gospodarz postępowania dokonuje wszelkich czynności w postępowaniu, jak również podejmuje wszelkie niezbędne działania i idące za tym decyzje, w tym również te związane oceną wyjaśnień lub też złożonych dokumentów. Tym samym rolą Zamawiającego w tym przypadku jest ocena dokumentów złożonych przez Odwołującego wraz z ofertą, która będzie warunkować podjęcie kolejnych czynności w postępowaniu. Izba zaś – jako organ kontrolujący czynności Zamawiającego w postępowaniu – nie może za Zamawiającego (komisję przetargową) bądź równoległe z nim, dokonywać czynności w postępowaniu a jedynie badać prawidłowość dokonanych już czynności. Analogiczny pogląd został wyrażony przez Izbę w wyroku z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3202/20.

Z tych względów Izba uznała zgłoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, polegający na odrzuceniu oferty Wykonawcy należy uznać za uzasadniony.

2. Zarzut nr 2 – dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp z uwagi na zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

a) wyniki obliczeń fotometrycznych z uwzględnieniem dwóch obserwatorów

Izba uznała zgłoszony zarzut za uzasadniony.

Nie budziło żadnych wątpliwości Izby, że treścią pkt 6.1. lit. c (str. 20) załącznika nr 1 do SWZ Zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek, aby obliczenia fotometryczne zawierały luminację (L_1 i L_2) lub natężenie w odniesieniu do obserwatora 1 i 2. Przystępujący stosowne obliczenia fotometryczne przedstawił Zamawiającemu. Z ustaleń Izby wynika, że na ww. obliczenia zawierają schemat jezdni, który zawiera oznaczenie graficzne w postaci strzałek jednak w treści obliczeń nie podano wyników dla dwóch obserwatorów. W omawianym zakresie Izba stwierdziła, że skoro Zamawiający wymagał przedstawienia obliczeń w formule opisanej powyżej to na etapie badania i oceny ofert wykonawców nie może odstępować od postawionych wymagań. Z taką sytuacją mielibyśmy do czynienia w przypadku przyjęcia za prawidłowe obliczeń, w których nie podano wyników dla dwóch

obserwatorów. Nie budziło żadnych wątpliwości, że obliczenia fotometryczne przedstawione przez Przystępującego wyników takich wyliczeń nie zawierały. Wobec tego nieprawidłowo zachował się Zamawiający, który uznał, że oferta przystępującego jest zgodna z warunkami zamówienia i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W ocenie Izby nie można uznać za przekonywujące i dające podstawę do konwalidowania treści oferty Przystępującego złożone przez niego wyjaśnienia oraz Zamawiającego, w których stwierdzono, że w tego rodzaju obliczeniach standardem jest sporządzanie wydruku obliczeń z uwzględnieniem „najgorszego wyniku”. Izba wskazuje, że z toku rozprawy, jak również ze złożonych dowodów wynika, że wydruk można również sporządzić w formule żądanej przez Zamawiającego. W związku z tym błąd Przystępującego popełniony przy wydruku nie może być naprawiony przez uzupełnienie, bowiem sprzeciwia się temu postanowienia SWZ. Z tych względów oferta Przystępującego powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia.

b) wymiary opraw oświetlenia parkowego

Pod dokonaniu wszechstronnej i wyczerpującej analizy zgromadzonego materiału dowodowego Izba uznała zgłoszony zarzut za uzasadniony.

Z ustaleń dokonanych przez Izbę, które nie były sporne wynika, że Zamawiający w załączniku nr 1 do SWZ „Opis wymagań dotyczących wydajności i funkcjonalności modernizowanego systemu oświetlenia drogowego na terenie Miasta Kutno” w Tabeli nr 8 wierszu 4 Zamawiający wskazał wymiary opraw oświetlenia parkowego w następujący sposób: $H=120$ z tolerancją $+40\%$. Na potwierdzenie ww. parametru wykonawcy zobowiązani byli do złożenia karty katalogowej zaoferowanego urządzenia. Wobec Izba stwierdziła, że minimalna wysokość opraw parkowych wynosi 120 cm, natomiast maksymalna wysokość 168 cm.

W karcie katalogowej oprawy parkowej TOWNTUNE CENTRAL POST-TOP złożonej przez Przystępującego wysokość oprawy parkowej wynosi 70 cm lub 187 cm (w zależności od sposobu pomiaru). Dane te podano na stronie 2 karty w rozdziale „Dane produktu” pod opisem „Rysunek wraz z wymiarami”. Również Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy przyznał, że na podstawie złożonych przez Przystępującego dokumentów nie ma możliwości określenia wysokości opraw i „dysponuje tylko wartością szacunkową”.

Wobec tego Izba należy przyznać rację Odwołującemu, który podnosił, że żadna ze wskazanych wartości, tj. 70 lub 187 cm, nie mieści się w zakresie pomiędzy 120 a 168 cm, a nawet w zakresie pomiędzy 72 a 168 cm, w związku z czym zaoferowana oprawa parkowa nie spełnia warunków ustalonych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Za spóźnioną i nie mającą oparcia w ofercie należy uznać argumentację Przystępującego, który w złożonym piśmie procesowym stwierdził, że „Oferowane przez Przystępującego oprawy są wyposażone w element sterowania zgodnie z wymaganiami SWZ. Oferowane oprawy wraz z elementem sterowania umieszczonym na górze oprawy posiadają łączny wymiar 136mm i tym samym mieszczą się w tolerancji określonej przez Zamawiającego”.

Izba za chybioną uznaje argumentację Zamawiającego, który wskazywał, że będzie mógł dokonać weryfikacji wymiarów oprawy parkowej na późniejszym etapie postępowania, tj. po podpisaniu umowy. Izba wskazuje, że Zamawiający zgodnie z wymaganiami SWZ powinien dokonać weryfikacji postawionego wymogu na etapie badania i oceny ofert do czego zobowiązują go postanowienia SWZ, które sam ustanowił w postępowaniu. Późniejsza weryfikacja próbek dotyczy zupełnie innego etapu i nie może konwalidować błędów popełnionych przez wykonawcę na etapie składania dokumentów w ramach przedmiotowych środków dowodowych.

c) pliki w formacie .ltd

Izba oddaliła zgłoszony zarzut stwierdzając, że jest on bezzasadny. Argumentem przesądzającym o niezasadności zgłoszonego zarzutu były następujące ustalenia Izby.

Zamawiający w SWZ pkt 3.7.1. ppkt 2 wymagał dostarczenia wraz z ofertą plików fotometrycznych użytych w obliczeniach fotometrycznych. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał, że: „(...) skrót parametrów widocznych w programie DIALUX, których rozbieżność z plikami źródłowymi w ofercie wykonawcy SPIE ELBUD SA można zaobserwować nie były związane z kryteriami oceny ofert. Kryteria jakościowe to moc całkowita (która jest zgodna w fotometrii i kalkulacji ceny oferty) oraz trwałość strumienia źródeł światła LED oprawy, przy spełnieniu Normy PN-EN 13201:2016”.

Przystępujący w złożonym piśmie procesowym oświadczył, że „obliczenia dla przedmiotowej inwestycji zostały wykonane w programie Dialux z użyciem bazy plików fotometrycznych Philips Product Selector i plików w formacie PHL. Później te same pliki zostały wyeksportowane do formatu LDT i załączone do oferty, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Takie działanie nie jest niezgodne z SWZ, Jednocześnie podkreślić należy, że kryterium oceny ofert, w odniesieniu, do którego składane były te środki, była całkowita moc oferowanych opraw. Ten parametr pozostał niezmienny i pomimo niewielkich różnic w strumieniu świetlnym moc w obu przypadkach jest taka sama. Otrzymane przez Zamawiającego pliki pozwalają Zamawiającemu na weryfikację kryterium oceny ofert. Kryteria te pozostają spełnione bez względu na to, z której metody obliczeń się korzysta”.

Odwołujący zarzucał, że porównanie wskazuje wprost, że różnice nie zawierają się jedynie w warstwie nazewnictwa oprawy, ale obejmują również cechy techniczne opraw: strumień świetlny oraz sprawności.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że rację ma Zamawiający oraz Przystępujący, którzy wskazywali występujące różnice wynikają z eksportu plików i pozostają bez wpływu na kryteria oceny ofert, ponieważ wskazane dane miały służyć wykazaniu wymogu zgodności z normą PN-EN 13201:2016 oraz wielkości całkowitej mocy. W związku z tym Izba stwierdziła, że zgłoszony zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

3. Zarzut nr 3 – dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 239 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego pomimo, iż jej treść nie jest zgodna z warunkami zamówienia ustalonymi przez Zamawiającego w SWZ.

Konsekwencją uznania przez Izbę za uzasadnione zarzutów z pkt 1 i 2 jest uznanie, że potwierdził się zarzut nr 3 dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 239 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego pomimo, iż jej treść nie jest zgodna z warunkami zamówienia ustalonymi przez Zamawiającego w SWZ.

Konkludując Izba uznając za uzasadnioną część zarzutów uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- odrzucenie oferty wykonawcy SPIE Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku,

- przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. W związku z tym Izba kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2422/21 zgodnie z art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 ust. 1 i ust. 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) obciążyła Odwołującego i Zamawiającego. Izba stwierdziła, że 3 z zarzutów zostały uwzględnione, natomiast dwa podlegały oddaleniu. W związku z tym Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego w 4/5 i Odwołującego w 1/5. W poczet kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła kwotę wpisu 15 000 zł oraz kwotę 3 600 zł uiszczoną przez wykonawcę LUG Service sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (łącznie 18 600 zł). W związku z tym Izba zasądza od zamawiającego na rzecz Wykonawcy kwotę 14 880,00 zł.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: