

Sygn. akt: KIO 1181/20

WYROK
z dnia 8 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 lipca 2020 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w **29 maja 2020 r.** przez wykonawcę **POLLIGHT Sp. z o.o., Al. J. Ch. Szucha 11B lok. H2, 00-580 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Sandomierz, Plac Poniatowskiego 3, 27-600 Sandomierz**

przy udziale wykonawcy **ODEON s.c. R. S., D. I., ul. Łowicka 26 A, 44-105 Gliwice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie w całości i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 19.05.2020 r. dla cz. I i Cz. II, jak i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach których nakazuje odrzucenie oferty: ODEON s.c. R. S., D. I., ul. Łowicka 26 A, 44-105 Gliwice na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień oraz pominięcie oferty tego Wykonawcy w toku nakazanej powtórzonej czynności, jednocześnie stwierdzając wadliwość pierwotnego badania i oceny ofert, z uwagi na dokonanie błędnego rankingu ofert, co narusza art. 89 ust. 1 pkt 2, jak i art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Sandomierz, Plac Poniatowskiego 3, 27-600 Sandomierz i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **POLLIGHT Sp. z o.o., Al. J. Ch. Szucha 11B lok. H2, 00-580 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gminy Sandomierz, Plac Poniatowskiego 3, 27-600 Sandomierz** na rzecz **POLLIGHT Sp. z o.o., Al. J. Ch. Szucha 11B lok. H2, 00-580 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: „*Modernizacja miejskiego oświetlenia ulicznego na energooszczędne na terenie Miasta Sandomierza etap I i II*” realizowanego w ramach naboru nr RPSW.03.04.00-IŻ.00-26-136/17 dla Działania 3.4 Strategia Niskoemisyjna, wsparcie zrównoważonej multimodalnej mobilności miejskiej Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 dla projektów dotyczących modernizacji oświetlenia ulicznego (ulic, placów, terenów publicznych) na energooszczędne.”, Numer referencyjny: RZP.271.1.23.2019.DDR; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22.01.2020 r. pod nr 2020/S 015-030363 przez: Gminę Sandomierz, Plac Poniatowskiego 3, 27-600 Sandomierz zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 19.05.2020 r. (za pośrednictwem Platformy Zakupowej: <https://platformazakupowa.pl/pn/sandomierz/proceedings> ID304897) Zamawiający poinformował o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej cz. I i II firmy - ODEON s.c. R. S., D. I., ul. Łowicka 26 A ,44-105 Gliwice zwanej dalej: „ODEON s.c.” albo „*Przystępującym*”. Trzecią pozycję w rankingu w cz. I, a drugą pozycję w rankingu w cz. II - zajęła oferta firmy: POLLIGHT Sp. z o.o., Al. J. Ch. Szucha 11B lok. H2, 00-580 Warszawa zwana dalej: „POLLIGHT Sp. z o.o.” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 29.05.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) POLLIGHT Sp. z o.o. wniosła odwołanie na czynność z 19.05.2020 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (za pośrednictwem Platformy Zakupowej). Zarzucił:

- a) Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej: „*Pzp*” poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ODEON s.c. R. S., D. I., pomimo że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ;
- b) Art. 91 ust. 1 pkt 1 *Pzp* poprzez przyznanie wykonawcy ODEON s.c. R. S., D. I. po 10 punktów za kryterium „*Trwałość strumienia światła oprawy ulicznej o niniejszej trwałości spośród oferowanych opraw ulicznych, mierzona parametrem L80B10 zastosowanych w*

oprawie ulicznej źródeł światła LED, potwierdzona sprasowaniem z badania LM80-08 źródeł światła LED dla temperatury T 1. Ts (Tc) =55oC, 85oC oraz nie mniej niż 105oC wraz z prognozą zgodną ze wzorem Memorandum Technicznym TM-21-11., lub dokumentem równoważnym” dla każdego z Etapów oraz dokonanie wyboru oferty jako najkorzystniejszej, pomimo iż Wykonawca nie przedłożył dokumentów na potwierdzenie ww. kryterium, wymaganych w SIWZ wraz z ofertą;

a w przypadku, gdyby powyższe nie znalazło potwierdzenia w ocenie Izby, z ostrożności procesowej:

c) Art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 25. ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ODEON s.c. R. S., D. I., do uzupełnienia dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, tj. dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań, określonych przez Zamawiającego, tj. badania LM80-08 oraz prognozy trwałości strumienia źródeł światła dokonanej badaniem w ciągu testowanego czasu min. 10 000 godzin;

d) Art. 9 ust. 2 Pzp poprzez uznanie za prawidłowy dokumentu badania LM80-08 oraz prognozy trwałości strumienia źródeł światła dokonanej badaniem, złożonego w języku angielskim bez tłumaczenia dokumentu. Odwołujący wnosił o:

a) uwzględnienie odwołania w całości;

b) przeprowadzenie postępowania odwoławczego, tj. posiedzeń i rozpraw z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego;

c) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego;

oraz nakazanie Zamawiającemu:

d) unieważnienie czynności wyboru, badania i oceny ofert;

e) odrzucenie oferty ODEON s.c., jako sprzecznej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”;

f) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert z pominięciem oferty ODEON s.c.;

alternatywnie:

g) unieważnienie czynności wyboru, badania i oceny ofert;

h) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, w ramach których wykonawcy ODEON s.c. R. S., D. I. odjęta zostanie całość punktów za kryterium trwałości strumienia światła opraw L80B10 -T, dla części I (etap I) oraz dla części II (etap II);

a w przypadku, gdyby powyższe nie znalazło potwierdzenia w ocenie Izby, z ostrożności procesowej:

i) unieważnienie czynności wyboru, badania i oceny ofert;

j) wezwanie wykonawcy ODEON s.c., w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, tj. dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań, określonych przez Zamawiającego, tj. badania LM80-08 oraz prognozy trwałości strumienia źródeł światła dokonanej badaniem w ciągu testowanego czasu min. 10 000 godzin.

Zamawiający prowadzi postępowanie pn. „*Modernizacja miejskiego oświetlenia ulicznego na energooszczędne na terenie Miasta Sandomierza etap I i II*” realizowanego w ramach naboru nr RPSW.03.04.00-IŻ.00-26-136/17 dla Działania 3.4 Strategia Niskoemisyjna, wsparcie zrównoważonej multimodalnej mobilności miejskiej Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 dla projektów dotyczących modernizacji oświetlenia ulicznego (ulic, placów, terenów publicznych) na energooszczędne”. Wymagania SIWZ, w zakresie Części I i Części II są tożsame, dlatego też poniższe rozważania, pozostają aktualne w zakresie obydwu Części (Etapów) postępowania. Zgodnie z treścią SIWZ „*Zamawiający wymaga od Wykonawcy (na etapie składania ofert) – w celu dokonania oceny, czy oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom o kreślonym przez Zamawiającego w Tabelach nr 4,5,6,7, Załącznika nr 1 do SIWZ – 1a, 1b*”:

5. wykazania, że trwałość strumienia światła oprawy ulicznej o najniższej trwałości spośród ofertowanych opraw ulicznych, mierzona parametrem L80B10 zastosowanych w oprawie ulicznej źródeł światła LED, potwierdzona sprawozdaniem z badania LM80-80 źródeł światła LED dla temperatury T_s (T_c) =55oC, 85oC oraz nie mniej niż 105oC wraz z prognozą zgodną ze wzorem Memorandum Technicznym TM-21-11.

Dokumentami wymaganymi dla oceny trwałości strumienia światła oprawy ulicznej L80B10 jest sprawozdanie z badania LM-80-08 źródeł światła LED dla temp. T_s (T_c) =55oC, 85oC oraz 105oC, wraz z prognozą zgodną ze wzorem Memorandum Technicznym TM-21-11 uznaje się dokument opracowany przy zachowaniu podobnych standardów tj. badania strumienia co ok. 1000 godzin min 5 razy w ciągu testowanego czasu min. 10000 godzin w temperaturach wskazanych jako referencyjne oraz opracowaniu prognozy trwałości strumienia zgodnie ze wzorem matematycznym używanym w przypadku Memorandum Technicznego TM-21-11. Raport sporządzony w języku obcym jest składany wraz z tłumaczeniem na język polski;

Sprawozdanie z badania LM80-08 oraz prognoza trwałości strumienia źródeł światła zgodnie ze wzorem matematycznym Memorandum Technicznego TM21-11 stanowią integralną część oferty, dlatego ich brak przy składaniu oferty skutkuje odrzuceniem oferty.

Przy tym trwałość źródeł światła nie może być niższa niż zadeklarowana trwałość wg. standardu L80B10”.

Co więcej, zgodnie z częścią XIII pkt 2 lit c) SIWZ „opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem WAG tych Kryteriów i sposobu oceny ofert” – „Przy wyborze oferty zamawiający będzie się kierował kryterium:

c) Trwałość strumienia światła oprawy ulicznej o niniejszej trwałości spośród oferowanych opraw ulicznych, mierzona parametrem L80B10 zastosowanych w oprawie ulicznej źródeł światła LED, potwierdzona sprasowaniem z badania LM80-08 źródeł światła LED dla temperatury T 1. Ts (Tc) =55oC, 85oC oraz nie mniej niż 105oC wraz z prognozą zgodną ze wzorem Memorandum Technicznym TM-21-11., lub dokumentem równoważnym. – 10%”.

4. W dniu 21.02.2020 r. zamawiający dokonał wyjaśnienia i zmiany treści SIWZ, zgodnie z którą „Instrukcja dla wykonawców (rozdział I) pkt III. Opis przedmiotu Zamówienia:

- Wprowadza się tolerancje wymiarów oprawy ozdobnej, poprzez dopuszczenie opraw o rozmiarach <-10%, +40%>,*
- Usuwa się wymóg przedłożenia prognozy spadku strumienia oprawy, raportu z badania dla trzeciej temperatury powyżej 1000C przy zastosowaniu jako źródła światła diod LED niskiej mocy (niskoprądowe).*
- Poprawia się oczywista omyłkę w podaniu definicji współczynnika zapasu, który jest odwrotnością współczynnika utrzymania.*

Wykonawca ODEON s.c. R. S., D. I. złożył ofertę do której przedłożył badania trwałości strumienia światła LED wg. procedury LM80-15 wynoszącej 6 000 godzin. W dniu 27.03.2020 r. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp zwrócił się do wykonawcy ODEON s.c. R. S., D. I., o udzielenie wyjaśnienia przyczyny, dla której nie zostały przedłożone badania trwałości strumienia światła LED wg. procedury LM80-15 wynoszącej 10 000 godzin. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Wykonawca ODEON s.c. R. S., D. I. pismem z dnia 2.04.2020 r. wskazał, iż „Wyjaśnienia dotyczące sprawozdania z badania trwałości strumienia diod LM 80 przedstawił producent opraw który z kolei otrzymuje to badanie od producenta diod (firmy Osram OptoSemiconductors). Do pisma zostało dołączone sprawozdanie na 16000h które zostało wykonane w 2019 roku, a którym to nie dysponował fizycznie producent opraw. Sprawozdanie to udostępnił producent diod firma Osram. Także na dzień składania ofert zaoferowane oprawy spełniały wymagania zawarte w SIWZ”. Wraz z ww. pismem Wykonawca załączył pismo producenta Signify Poland sp. z o.o. zawierające Raport Sprawozdanie z badania LM80-15 dla 16000h oraz prognozę TM 21 dla temp. 55m 85 i 105oC dla 10000h w języku angielskim. Zamawiający w dniu 19.05.2020 r. opublikował wybór oferty Wykonawcy ODEON s.c. W ocenie Odwołującego ww. decyzja

została podjęta z rażącym naruszeniem przepisów prawa wskazanych w petitum odwołania, co zostanie w sposób szczegółowy wykazane w dalszej części odwołania, jak i w toku postępowania odwoławczego.

Zarzut a.: zaniechanie odrzucenia oferty.

Jak już zostało wskazane zgodnie z treścią SIWZ „Zamawiający wymaga od Wykonawcy (na etapie składania ofert) – w celu dokonania oceny, czy oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom o kreślonym przez Zamawiającego w Tabelach nr 4,5,6,7, Załącznika nr 1 do SIWZ – 1a, 1b” „wykazania, że trwałość strumienia światła oprawy ulicznej o najniższej trwałości spośród ofertowanych opraw ulicznych”, „Dokumentami wymaganymi dla oceny trwałości strumienia światła oprawy ulicznej L80B10 jest sprawozdanie z badania LM-80-08 źródeł światła LED dla temp. T_s (T_c) =55oC, 85oC oraz 105oC, wraz z prognozą zgodną ze wzorem Memorandum Technicznym TM-21-11, uznaje się dokument opracowany przy zachowaniu podobnych standardów tj. badania strumienia co ok. 1000 godzin min 5 razy w ciągu testowanego czasu min. 10 000 godzin”. W odniesieniu do powyższego wskazać należy, iż Wykonawca wbrew ww. jednoznacznej dyspozycji przedłożył wraz z ofertą prognozy trwałości strumienia światła w ciągu testowanego czasu jedynie 6 000 godzin. W orzecznictwie KIO jednoznacznie wskazuje się, iż „dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków przedmiotowych w postępowaniu postawionych w opisie przedmiotu zamówienia, mające potwierdzić zgodność z wymogami zaoferowanych elementów dostawy czy usług, nie muszą zawierać oświadczeń woli w rozumieniu prawa cywilnego, lecz mają stanowić dowód - potwierdzenie określonego stanu rzeczy. Stąd też dokumenty tego typu, w tym karty katalogowe nie wymagają szczegółowego odrębnego potwierdzenia swej treści, jakkolwiek rzeczywiście w niektórych sytuacjach stało się niezbędne wykazanie prawidłowości szczególnego parametru, nie występującego w standardowej ofercie producenta i standardowej karcie katalogowej”. (wyrok KIO z 10.03.2020 r., sygn. akt: KIO 397/20). Analogicznie w innym wyroku wskazano, iż „Zamawiający na podstawie treści oferty musi mieć możliwość ustalenia w sposób jednoznaczny, jaki produkt został mu zaoferowany, aby nie dopuścić do jego uzupełniania i precyzowania na dalszym etapie postępowania, po upływie terminu składania ofert. Dane te są niezbędne także, aby zamawiający mógł poddać ocenie skonkretyzowany w ofercie produkt. Jeżeli zamawiający wymagał od wykonawców składających oferty - poza ogólnym oświadczeniem o zgodności oferowanego produktu z opisem przedmiotu zamówienia - podania danych dotyczących producenta, typu i modelu, pozwalających na jednoznaczną identyfikację przedmiotu oferty, to brak zastosowania się do tego wymogu może być podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.”

(Wyrok KIO z 16.01.2020 r., sygn. akt: KIO 2651/19). Powyższa linia orzecznicza potwierdzona została również w innym wyroku, gdzie wskazano, iż *„brak potwierdzenia spełniania wymogu dla przedmiotu zamówienia w sposób przewidziany w SIWZ uzasadnia odrzucenie oferty wykonawcy z tego powodu, że w zakresie tego wymogu oferta pozostaje niezgodna z treścią SIWZ”, (...)* *„zakres i skala niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie mają, w świetle przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, znaczenia - niezgodność zaoferowanego przedmiotu co do jednego choćby wymagania SIWZ powoduje obowiązek zamawiającego, polegający na odrzuceniu oferty wykonawcy, który taką ofertę złożył”*. (wyrok KIO z 16.01.2020 r., sygn. akt: KIO 2651/19). Cytowane powyżej orzeczenia jednoznacznie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie to wykonawca ODEON s.c., zobowiązany był do wykazania, w treści złożonej oferty, iż jest ona zgodna z SIWZ, w tym również, że trwałość strumienia światła oprawy ulicznej o najniższej trwałości spośród ofertowanych opraw ulicznych potwierdzona została udokumentowanym badaniem w ciągu testowanego czasu min. 10 000 godzin. Złożona przez wykonawcę, będącego profesjonalistą, oferta nie potwierdza ww. faktu, gdyż dokument złożony przez Wykonawcę wskazuje, iż zaoferowany produkt, został w zakresie trwałości strumienia światła przetestowany czasie jedynie 6 000 godzin. W zakresie powyższego powołując się na ugruntowany pogląd KIO, zgodnie z którym *„Zamawiający w toku badania i oceny ofert zobowiązany jest zweryfikować wszystkie wymagania, które sformułował w dokumentacji postępowania wobec przedmiotu zamówienia”*, (wyrok KIO z 03.03.2020 r., sygn. akt: KIO 368/20) podnieść należy, iż Zamawiający jednoznacznie uchybił treści art. 89 ust 1 pkt 2 PZP, nie dokonując odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ. Powyższego nie zmienia fakt wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp. Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający zwrócił się o udzielenie *„wyjaśnienia przyczyn, dla której nie zostały przedłożone dane trwałości stronienia światła LED wg. Procedury LM80-15 wynoszącej 10 000 godzin”*. W reakcji na powyższe Wykonawca przedłożył nowy dokument niezwiązany do oferty ani nieobjęty wezwaniem Zamawiającego. Wskazał, iż uzupełnienie tego dokumentu nie jest możliwe. Przypomnieć należy, iż w orzecznictwie KIO podniesiono, iż *„stosowanie art. 26 ust. 3 p.z.p. jest niedopuszczalne, gdy byłoby de facto uzupełnieniem elementu oferty, czyli oferty niekompletnej o brakujący element podlegający ocenie w ramach kryterium techniczno-jakościowym”* (wyrok KIO z 15.10.2019 r., sygn. akt: KIO 1934/19). Powyższe jednoznacznie przemawia za zasadnością odrzucenia oferty wykonawcy ODEON s.c., albowiem wykonawca nie tylko nie przedstawił dokumentu jednoznacznie wymaganego przez Zamawiającego w treści SIWZ, ale dokument ten nie może być uzupełniony w trybie art. 26 ust 3 Pzp. W ocenie Odwołującego, opisane powyżej uchybienia Zamawiającego, nie tylko

mogły, ale również bezsprzecznie miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem doprowadziły do wyboru wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona.

Zarzut b. Nieprawidłowe badanie ofert.

Niezależnie od powyższego zauważenia wymaga, iż „trwałość strumienia światła oprawy ulicznej o niniejszej trwałości spośród oferowanych opraw ulicznych, mierzona parametrem L80B10 zastosowanych w oprawie ulicznej źródeł światła LED, potwierdzona sprawozdaniem z badania LM80-08 źródeł światła LED dla temperatury T 1. Ts (Tc) =55oC, 85oC oraz nie mniej niż 105oC wraz z prognozą zgodną ze wzorem Memorandum Technicznym TM-21-11., lub dokumentem równoważnym. – 10%” stanowi, zgodnie z częścią XIII pkt 2 lit c) SIWZ kryterium oceny oferty. Wykonawca wraz z ofertą przedłożył dokumenty zawierające prognozę trwałości strumienia światła w ciągu testowanego czasu jedynie 6 000 godzin, podczas gdy wedle SIWZ „Dokumentami wymaganymi dla oceny trwałości strumienia światła oprawy ulicznej L80B10 jest sprawozdanie z badania LM-80-08 źródeł światła LED dla temp. Ts (Tc) =55oC, 85oC oraz 105oC, wraz z prognozą zgodną ze wzorem Memorandum Technicznym TM-21-11 uznaje się dokument opracowany przy zachowaniu podobnych standardów tj. badania strumienia co ok. 1000 godzin min 5 razy w ciągu testowanego czasu min. 10000 godzin”. Przypomniał, iż w orzecznictwie KIO podniesiono, iż „stosowanie art. 26 ust. 3 p.z.p. jest niedopuszczalne, gdy byłoby de facto uzupełnieniem elementu oferty, czyli oferty niekompletnej o brakujący element podlegający ocenie w ramach kryterium techniczno-jakościowym” (wyrok KIO z 15.10.2019 r., sygn. akt: KIO 1934/19). Zważywszy, że Wykonawca nie przedstawił dowodów uprawniających Zamawiającego do przyznania mu niezależnie po 10 punktów za spełnienie kryterium dla części I (etapu II) i części II (Etapu II). Tym samym, Zamawiający bezpodstawnie przyznał Wykonawcy punkty w powyższym kryterium. W ocenie Odwołującego opisane powyżej uchybienia Zamawiającego, nie tylko mogły, ale również bezsprzecznie miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem doprowadziły do:

- nieuprawnionego przyznania Wykonawcy punktów, niezgodnie z zasadami opisanymi w SIWZ;
- wyboru wykonawcy, którego oferta nie była realnie najkorzystniejsza, a także nie była zgodna z SIWZ. Ewentualnie w sytuacji, w której Izba nie podzieliłaby poglądu o zasadności odrzucenia oferty ODEON s.c., z uwagi na niezgodność z SIWZ, wynikającą już z treści samej oferty i załączonych do niej dokumentów podnieść należy wystąpienie uchybienia przez Zamawiającego norm wyrażonych w art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2) Pzp oraz art. 9 ust. 2 Pzp.

Zarzut c.: zaniechanie wezwania do wyjaśnienia treści art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 25. ust. 1 pkt 2) Pzp.

Jak wynika z treści art. 26 ust. 3 Pzp „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania”. Zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp „w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego”. W odniesieniu do powyższego przypomnieć należy, iż wykonawca w SIWZ jednoznacznie wskazał, iż „sprawozdanie z badania LM80-08 oraz prognoza trwałości strumienia źródeł światła zgodnie ze wzorem matematycznym Memorandum Technicznego TM21-11 stanowią integralną część oferty, dlatego ich brak przy składaniu oferty skutkuje odrzuceniem oferty. Przy tym trwałość źródeł światła nie może być niższa niż zadeklarowana trwałość wg. standardu L80B10”. Brak oferty w zakresie prognoz Wykonawca uzupełnił samodzielnie pismem z dnia 2.04.2020 r., do którego załączył pismo producenta Signify Poland sp. z o.o. zawierające Raport Sprawozdanie z badania LM80-15 dla 16000h oraz prognozę TM 21 dla temp. 55m 85 i 105oC dla 10000h w języku angielskim. Jak wskazano w orzecznictwie KIO „Samodzielne uzupełnianie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., niepoprzedzone wezwaniem przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. przez wykonawców, jest niedopuszczalne i nie może rodzić żadnych skutków, sprzeciwia się temu bowiem zarówno literalne brzmienie przepisu art. 26 ust. 3 p.z.p., jak i zasada równego traktowania wykonawców wskazana art. 7 ust. 1 p.z.p. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest przez Zamawiającego, który zasadniczo ponosi wyłączną odpowiedzialność za jego prawidłowość i zgodność z obowiązującymi przepisami”. „Wykonawca nie jest uprawniony do samodzielnego uzupełniania wadliwych czy też niepełnych dokumentów oferty. Uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu winno się odbywać w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jedynie w drodze procedury opisanej w przepisie art. 26 ust. 3 p.z.p. To na Zamawiającym ciąży obowiązek oceny spełniania

przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to on bada wszystkie przedstawione mu wraz z ofertami dokumenty i oświadczenia. Jest to jedyna droga, na której powinny i mogą być uzupełniane w toku postępowania o udzielenie zamówienia dokumenty lub oświadczenia potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu” (wyrok KIO z 28.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2343/17)”. W konsekwencji powyższego uznać należy, iż Zamawiający niezgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego i zapisami SIWZ, pominął czynność wezwania, do której zobowiązany był wedle art. 26 ust 3 Pzp. W ocenie Odwołującego, opisane powyżej uchybienia Zamawiającego, nie tylko mogły, ale również bezsprzecznie miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem doprowadziły do wyboru wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona.

Zarzut d.: uznanie za prawidłowy dokumentu badania LM80-08 oraz prognozy trwałości strumienia źródeł światła, złożonego w języku angielskim bez tłumaczenia dokumentu.

Jak zostało już wskazane powyżej załączona do oferty wykonawcy prognoza trwałości strumienia światła w ciągu testowanego czasu jedynie 6 000 godzin – jest jednoznacznie niezgodna z treścią SIWZ. W toku wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, w odpowiedzi na wezwanie na podstawie art 87 ust 1 Pzp z dnia 27.03.2020 r., Wykonawca przedłożył Raport Sprawozdanie z badania LM80-15 dla 16000h oraz prognozę TM 21 dla temp. 55m 85 i 105oC dla 16000h w języku angielskim. Powyższe wyjaśnienie uznane zostało przez zamawiającego za wystarczające, w sytuacji, w której dokonał on wyboru oferty ww. wykonawcy. W kontekście powyższego przypomnieć należy, iż wedle art. 9 ust. 2 Pzp „*Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim*”. Co więcej, ponownego przypomnienia wymaga, iż Zamawiający jednoznacznie wskazał, w treści SIWZ, iż „*wymaga od Wykonawcy (na etapie składania ofert) – w celu dokonania oceny, czy oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom o kreślonym przez Zamawiającego w Tabelach nr 4,5,6,7, Załącznika nr 1 do SIWZ – 1a, 1b*”, „*wykazania, że trwałość strumienia światła oprawy ulicznej o najniższej trwałości spośród ofertowanych opraw ulicznych, mierzona parametrem L80B10*”, „*Dokumentami wymaganymi dla oceny trwałości strumienia światła oprawy ulicznej L80B10 jest sprawozdanie z badania LM-80-08 źródeł światła LED dla temp. Ts (Tc) =55oC, 85oC oraz 105oC, wraz z prognozą*”, „*Raport sporządzony w języku obcym jest składany wraz z tłumaczeniem na język polski*;”. Przywołał, pogląd wyrażony w orzecznictwie KIO, zgodnie z którym „*Przyjęcie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tym bardziej do oceny merytorycznej oferty, dokumentu złożonego w całości w języku obcym (innym niż język polski) prowadziłoby do naruszenia zasady art. 9*

ust. 2 p.z.p., tj. zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w języku polskim”, „Brak w ofercie, czy w jej uzupełnieniu dokumentu przedmiotowego w polskiej wersji językowej (brak tłumaczenia dokumentu) kwalifikuje się stwierdzeniem, że wykonawca nie wykazał spełniania wymogów merytorycznych oferty opisanych w treści SIWZ. Taką ofertę należy uznać za niezgodną z treścią SIWZ i odrzucić w świetle dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.” (wyrok KIO z 28.01.2013 r., sygn. akt: KIO 599/13). Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, uznać należy, iż złożone przez Wykonawcę w ramach udzielonych wyjaśnień - Raport oraz prognozy trwałości strumienia światła, bez obowiązkowego tłumaczenia:

- są niezgodne z treścią art. 9 ust. 2 Pzp;
- są niezgodne z treścią SIWZ, gdzie jednoznacznie wskazano, iż „Raport sporządzony w języku obcym jest składany wraz z tłumaczeniem na język polski”. W ocenie Odwołującego, opisane powyżej uchybienia Zamawiającego, nie tylko mogły, ale również bezsprzecznie miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem doprowadziły do wyboru wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp „Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”. Wedle art. 192 ust. 3 Pzp „Uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego”. Wobec wystąpienia opisanych powyżej naruszeń przepisów ustawy, które miały wpływ lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konieczne jest:

- a) unieważnienie czynności wyboru, badania i oceny ofert;
 - b) odrzucenie oferty ODEON s.c., jako sprzecznej z treścią SIWZ;
 - c) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert z pominięciem oferty ODEON s.c.;
- alternatywnie:*

- d) unieważnienie czynności wyboru, badania i oceny ofert;
- e) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, w ramach których wykonawcy ODEON s.c. odjęta zostanie całość punktów za kryterium trwałości strumienia światła opraw L80B10 -T, dla części I (etap I) oraz dla części II (etap II).;

a w przypadku, gdyby powyższe nie znalazło potwierdzenia w ocenie Izby, z ostrożności procesowej:

- f) unieważnienie czynności wyboru, badania i oceny ofert;

g) wezwanie wykonawcy ODEON s.c., w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, tj. dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań, określonych przez Zamawiającego, tj. badania LM80-08 oraz prognozy trwałości strumienia źródeł światła dokonanej badaniem w ciągu testowanego czasu min. 10 000 godzin.

Zamawiający w dniu 01.06.2020 r. (za pośrednictwem Platformy Zakupowej) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 03.06.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) ODEON s.c. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 07.07.2020 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddała w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym. Zgodnie z treścią odpowiedzi na odwołanie: „(...) *Stan faktyczny na podstawie protokołu postępowania wraz z załącznikami, przedstawia się następująco:*

1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, będącego przedmiotem odwołania zostało złożonych 4 oferty, jak poniżej w tabeli:

Tabela 1.

Wykonawca	Nr oferty	Cena ofertowa	Trwałość	Moc	odchylenie od średniej	Odchylenie od WZPoVAT
SPIE Elbud Gdańsk S.A., ul. Marynarki Polskiej, 87, 80-557 Gdańsk, KRS 0000373468.	1	3 655 644,55	145 000,00	83,05	0,98%	5,30%
Pollight sp. z o.o., Al. i. CH. Szucha 118 lok. H2, 00-580 Warszawa	2	3 565 043,37	127 000,00	86,51	-1,52%	2,70%
ODEON s.c. R.; S., D. I., ul. Łowicka 26A, 44-105 Gliwice	3	3 237 257,91	140 000,00	83,05	-10,58%	-5,75%
Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. ul. Toruńska 9, 26-600 Radom	4	4 022 736,65	145 000,00	83,05	11,12%	15,88%
	Średnia	3 620 170,62	minimalnie	maksymalnie		
Wartość zamówienia powiększona o VAT		3 471 486,23	100 000,00	88,38		

Najkorzystniejszą ofertą jest oferta nr 3 wykonawcy ODEON s.c. R. S., D. I., ul. Łowicka 26A, 44-105 Gliwice. Oferta bazuje na opravach firmy SIGNIFY dawniej PHILIPS

Wykonawcy składający oferty nr 1 i 4 również zaproponowali oprawy firmy SIGNIFY dawniej PHILIPS

Wykonawca Pollight sp, z o.o., Al. J. CH. Szucha 1 IB lok. H2, 00-580 Warszawa bazuje na opravach producenta chińskiego, na które ma wyłączność handlową.

2. Ocena ofert w kryterium przedmiotowym została dokonana na podstawie parametrów podanych w ofercie, dodatkowo potwierdzanych dokumentami, jak poniżej w tabeli.

Tabela 2.

Wykonawca	Nr oferty	Moc poniżej 88,38 kW	Zgodność z -norma' PN-EN 13201 - Obliczenia fotometryczne dla ulic	Dane fotometryczne opraw w formacie, tdt lub równoważnym	Sprawozdanie z badania źródeł światła LM-80-08 oraz prognoza TM21 min. 100 kh
Podstawa wymagania z SIWZ Rozdział III		ust. 1a)	ust. 2)	ust. 2)	ust 5)
SIMĘ Elbud Gdańsk S.A., ul. Marynarki Polskiej 87, 80-557 Gdańsk, KRS 0000373468,	1	Jest (34,36kW)	Sq	Sq-	Jest (L80B10 145 000 h) na bazie Raportu LM80-15
Pollighi sp. z O.O., Al. J. CH. Szucha 1 IB lok. H2,00-580 Warszawa	2	Jest (86,36kW)	Sq	Sq	Jest (L80B10 127000 h) na bazie Raportu LMS0r08
ODEON S.C. R. S., D. I., ul. -Łowicka 226A, 44-105 Gliwice	3	Jest (84,39kW)	Sq	Sq	Jest (L80B10 - 140 000 li) na bazie Raportu LM80-15.
Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o.	4	Jest (54,36kW)	Sq	Sq	Jest (L80B10 145 000 h) na bazie Raportu LM80-15

Wszyscy wykonawcy złożyli wymagane dokumenty, co również potwierdza Odwołujący. Wykonawcy na oprawie Signify złożyli dla trwałości strumienia światła prognozę TM 21-1 Ina bazie Raportu z badania LM80-15 natomiast, Wykonawca Pollight na bazie Raportu LM80-08 (starszego).

Oba typy raportów LM80-08 i LM80-15 zawierają informacje pozwalające dokonać wyliczenia prognozy trwałości strumienia światła LED na za pomocą kalkulatora TM21-11.

Kryterium 1 - cena: Zamawiający nie stwierdził błędów lub omyłek w złożonych kosztorysach ofertowych.

Kryterium 2 - jakościowe - maksymalna moc zainstalowana: Wszystkie oferty zawierały błędy w kryterium maksymalnej mocy zainstalowanej (kolumna 2 Tabeli 2, powyżej). Błędy te zostały zakwalifikowane przez Zamawiającego jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający zwrócił się z wnioskiem o wyrażenie przez Wykonawców zgody na poprawę innych omyłek polegających na korekcie danych w scenach oświetleniowych, które skutkowały koniecznością zmiany deklarowanej mocy zainstalowanej, wykazanej w złożonych ofertach. (3 kolumna w tabeli 2, powyżej). Wszyscy wykonawcy wyrazili zgodę na dokonanie przez Zamawiającego ww. poprawy ofert.

Kryterium 3 - jakościowe - trwałość strumienia światła opraw LED: Wykonawcy składający oferty nr: 1 i 4 złożyli w swojej ofercie oprawy o trwałości strumienia światła L80B10 - 145 000 godzin natomiast wykonawca składający ofertę nr 3 - o trwałości LS0-B10 - 140 000 godzin.

Wydruk prognozy z kalkulatora TM-21-11 wykazał zgodność deklarowanej wartości trwałości strumienia światła LED ze złożoną prognozą. Z wydruku kalkulatora TM21-11 wynika, że zaproponowane źródła światła w postaci diod LED produkowanych przez OSRAM jest bardzo wysoka i w okresie objętym badaniem tj. 6000 h diody nie wykazują spadku strumienia światła a wręcz parametry świetlne się poprawiają. Od 99,90% (55°C) dla 24h do 100,30% dla 6000 h. Dla pozostałych temperatur tj. 85°C oraz 105°C wyniki trwałości diod są porównywalne.

Na podstawie złożonych raportów z badania LM-80-08 można wygenerować za pomocą kalkulatora trwałości TM21-11 dowolną prognozę na założony czas. Wykonawca złożył taką prognozę wykazującą 94,90, przy wymaganej w SIWZ (L80B10) trwałości 80%.

Złożone w wersji oryginalnej sprawozdanie z badania diod LED LM80-15, przetłumaczone na język polski wykazywało spełnienie przez zaproponowane diody oraz oprawy w nie wyposażone warunków SIWZ. Sprawozdanie LM-80-15 oraz na jego bazie wygenerowana prognoza obejmowały 10 wyników pomiarów (przy wymaganych minimum 5) ale w krótszym okresie pomiarowym tj. 6000 h przy wymaganych 10,000 h.

SIWZ stawiała wymóg, aby to było minimum 5 wyników pomiarów dla okresu minimum 10 000 godzin: „Strona 10 SIWZ, punkt 5 wykazania, że trwałość strumienia światła oprawy ulicznej o najniższej trwałości spośród oferowanych opraw ulicznych, mierzona parametrem L80B10 zastosowanych w oprawie ulicznej źródeł światła LED, potwierdzona sprawozdaniem z badania LM80-08 źródeł światła LED dla temperatury T_s (T_c)=55°C, 85°C oraz nie mniej niż 105°C wraz z prognozą zgodną ze wzorem Memorandum Technicznym TM-21-11.

Dokumentem wymaganym dla oceny trwałości strumienia światła oprawy ulicznej L80B10 jest sprawozdanie z badania LM-80-08 źródeł światła LED dla temp. T_s (T_c)= 55°C, 85°C oraz 105°C, wraz z prognozą zgodną ze wzorem Memorandum Technicznym TM 21-

11 lub inny dokument równoważny. Przy tym za dokumenty równoważne do LM-80-08 oraz TM-21-11 uznaje się dokument opracowany przy zachowaniu podobnych standardów badania trwałości strumienia światła LED, w równoważnych warunkach otoczenia tj. badania strumienia co ok. 1000 godzin min 5 razy w ciągu testowanego czasu min. 10 000 godzin w temperaturach wskazanych jako referencyjne oraz opracowaniu prognozy trwałości strumienia zgodnie ze wzorem matematycznym używanym w przypadku Memorandum Technicznego TM-21-11”

Należy zauważyć, że zarówno Sprawozdanie z LM80-15 zostało złożone zarówno w wersji oryginalnej jak i przetłumaczonej na język polski oraz na bazie tego sprawozdania została wyliczona prognoza trwałości strumienia światła, kalkulatorem TM-20-21. Wyniki z badania oraz prognoza potwierdzały, że deklarowana trwałość strumienia znacząco przewyższa minimalną, wynikającą z zapisów SIWZ, jak również może zostać poddana ocenie zgodnie z przewidzianymi w SIWZ kryteriami oceny. W celu upewnienia się, że prognoza TM-21-11 nie ulegnie zmianie, jeśli pomiary obejmowałyby dłuższy okres, Zamawiający wystąpił o wyjaśnienie treści oferty. Wyjaśnienia Wykonawcy potwierdziły, że zaproponowane źródła światła LED marki OSRAM OSŁON Square ma bardzo wysokie parametry użytkowe a dokonana ocena była słuszna. W związku z tym, że nie była konieczna żadna ingerencja Zamawiającego w treść oferty wykonawców, którzy złożyli ofertę opraw oświetleniowych w oparciu o źródła światła LED marki OSRAM OSŁON Square a dostarczone informacje wraz z ofertą i złożone wyjaśnienia są spójne i potwierdzają wysoką jakość zaproponowanego sprzętu, Zamawiający ocenił, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty i może zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odrzucenie 3/4 złożonych ofert, w tym uznanej za najkorzystniejszą, tylko dlatego, że złożony dokument zawiera krótszą niż wymagana perspektywę czasową badania trwałości strumienia, przy jednocześnie dwukrotnie-większej liczbie pomiarów w badanym okresie, a który uznany został za inny błąd w stosunku do wymagań SIWZ byłoby krzywdzące dla tych 3-ech wykonawców jak również niekorzystne dla samego Zamawiającego, Być może prowadziłyby to do wyboru oferty gorszej cenowo, na sprzęcie o niższych, parametrach niż oferta uznana za najkorzystniejszą,

Zamawiający podkreśla, że na podstawie złożonego sprawozdania LM80-15 przez, wykonawcę ODEON dla 10 pomiarów w okresie 6000 h było możliwe prawidłowe wyliczenie prognozy trwałości strumienia źródeł światła LED dla oferowanego czasu eksploatacji a kolejne pomiary w kolejnych okresach aż do 10 000 h niczego nie zmieniły, co zostało podane wyjaśnieniach. Podane przez Wykonawcę, ODEON s.c. R. S., D. I., ul. Łowicka 26 A, 44-105 Gliwice dane o trwałości źródeł światła LED OSRAM zostały zweryfikowane przez

Zamawiającego z ogólnodostępnymi źródłami danych technicznych i nie wykazywały sprzeczności. Zatem zważywszy wyżej wymienione okoliczności, Zamawiający uznał, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty i czynność taka byłaby bezzasadna.

Zamawiający ustosunkowując się do Zarzutów Odwoływającego, w kolejności:

Zarzut a.: zaniechanie odrzucenia oferty

Jak już zostało wskazane zgodnie z treścią SIWZ „Zamawiający wymaga od Wykonawcy (na etapie składania ofert) - w celu dokonania oceny, czy oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w Tabelach nr 4,5,6,7, Załącznika nr 1 do SIWZ- 1a, 1b” „wykazania, że trwałość strumienia światła oprawy ulicznej o najniższej trwałości spośród ofertowanych opraw ulicznych”, „Dokumentami wymaganymi dla oceny trwałości strumienia światła oprawy ulicznej L80B10 jest sprawozdanie z badania LM-80-08źródła światła LED dla temp, T_s (T_c) =55oC,85oC oraz 105oC,wraz z prognozą zgodną ze wzorem Memorandum Technicznym TM-21-11 (...) lub inny dokument równoważny (...), uznaje się dokument opracowany przy zachowaniu podobnych standardów tj. badania strumienia co ok 1000 godzin min 5 razy w ciągu testowanego czasu mim 10 000 godzin (..)”.

Odpowiedź na zarzut a: zostało złożone wraz z ofertą sprawozdanie z badania LM80-15, przetłumaczone na język polski, zawierające ,10 pomiarów (przy wymaganych minimum 5) dla 6000 h, pozwalające wyliczyć prognozę TM-21-11 dla 145 000 h. Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę były spójne ze złożoną ofertą a tabelami nr 2, 2.1, 2.5; 3, 3,1, 3.2 oraz 4, 4.1, 4,2 strony od 4 do 10 sprawozdania z wyników pomiarów luminancji LM80-15 uzupełniona o kolejne 4 wyniki aż do 10 000 h niczego nowego nie wniosła i wynik Raportu TM-21-11 był taki sam, jak złożony wraz ofertą. Istotne w wyjaśnieniach były dane cyfrowe kolejnych wyników pomiarów strumienia światła w okresie od 6000 h do 10 000 h, które jako prezentowane w formie liczb arabskich, nie wymagały tłumaczenia i były jednoznaczne i zrozumiałe.

Nie sposób nie zgodzić się ze stanowiskiem odwoływającego, przywołującego orzecznictwo RIO jednoznacznie wskazujące, iż „dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków przedmiotowych w postępowaniu postawionych w opisie przedmiotu zamówienia, mające potwierdzić zgodność z wymogami zaoferowanych elementów dostawy czy usług, nie muszą zawierać oświadczeń woli w rozumieniu prawa cywilnego, lecz mają stanowić dowód - potwierdzenie określonego stanu rzeczy.

Złożone z ofertą Sprawozdanie LM-80-15 oraz Prognoza TM-21-11 potwierdzają deklarowane wartości parametru trwałości a złożone wyjaśnienie również nie są sprzeczne ze złożoną ofertą i też dokładnie potwierdzają deklarowane w ofercie parametr)' użytkowe

w zakresie utraty strumienia światła diod LED. Odwołujący nie kwestionuje" zadeklarowanych wartości trwałości strumienia światła w najkorzystniejszej ofercie a jedynie podnosi błąd formalny, który nie ma wpływu na zadeklarowaną trwałość strumienia światła. Prognoza wykonana na bazie pomiarów strumienia światła w kolejnym przedziale od 6 000h do 10 000 h daje wyniki tożsame z prognozą na bazie od 100 h do 6000 b i mało prawdopodobne, że mogłoby być inaczej.

Stąd, Zamawiający wnosi o oddalenie ww, zarzutu w całości jako bezzasadnego.

Zamawiający, na podstawie złożonej oferty, zgodnie z argumentacją Odwołującego o treści: „Analogicznie w innym wyroku wskazano, iż „Zamawiający na podstawie treści oferty musi mieć możliwość ustalenia w sposób jednoznaczny jaki produkt został mu zaoferowany, aby nie dopuścić do jego uzupełniania i precyzowania na dalszym etapie postępowania, po upływie terminu składania ofert Dane te są niezbędne także, aby zamawiający mógł poddać ocenie skonkretyzowany w ofercie produkt.: Jeżeli zamawiający wymagał od wykonawców składających oferty - poza ogólnym oświadczeniem o zgodności oferowanego produktu z opisem przedmiotu zamówienia - podania danych dotyczących producenta, typu i modelu, pozwalających na jednoznaczną identyfikację przedmiotu oferty, to brak zastosowania się do tego wymogu może być podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust 1 pkt 2 p.z.p.” (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2020 r., sygn. akt. KIO 2651/19, LEX nr 2923272)”

Odpowiadając na te argumentacje Odwołującego, Zamawiający potwierdza, że miał możliwość na podstawie treści oferty, ustalić w sposób jednoznaczny, jaki produkt został mu zaoferowany, co zostało przedstawione powyżej. Były podane wszystkie szczegóły produktu. W szczególności: danych dotyczących producenta, typu i modelu, pozwalających na jednoznaczną identyfikację przedmiotu oferty. Dane o produkcie były znacznie obszerniejsze niż podane w argumentacji Odwołującego orzeczenie KIO. Nie zachodzi, żadna wątpliwość jaki produkt i o jakich parametrach techniczno-użytkowych został zaoferowany.

„brak potwierdzenia spełniania wymogu dla przedmiotu zamówienia w sposób przewidziany w SIWZ uzasadnia odrzucenie oferty wykonawcy z tego powodu, że w zakresie (ego wymogu oferta pozostaje niezgodna z treścią SIWZ”, (...) „zakres i skala niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie mają, w świetle przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP znaczenia - niezgodność zaoferowanego przedmiotu co do jednego choćby wymagania SIWZ powoduje obowiązek zamawiającego, polegający na odrzuceniu oferty wykonawcy, który taką ofertę złożył”. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2020 r., sygn. KIO 2651/19, LEX nr 2923272).

Odpowiedź:

Nietrafiona jest argumentacja Odwołującego, że jakoby Wykonawca nie potwierdził spełnienia wymogu dla przedmiotu zamówienia (cytowany wyrok dotyczy innych okoliczności faktycznych niż występujące w niniejszej sprawie), ponieważ potwierdził to, chociaż na bazie (LM80-15) krótszej perspektywy czasowej, niż stanowiło to SIWZ dla wyników pomiarów, ale dla prognozy było to zgodne z wymaganiami SI W Z (TM21-11 prawidłowo obliczony). Odróżnić w tym przypadku należy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, w tym niezgodność zaoferowanego, przedmiotu do jednego choćby wymagania SIWZ od sytuacji, że pewne dane do oceny mogą być nie kompleksowe, ale dane złożone z ofertą pozwalają dokonać jej oceny na zgodność oferowanego przedmiotu z wymaganiami SIWZ. W odwoływanym przypadku, przedłożone dokumenty wykazują zgodność zaoferowanego przedmiotu z wymaganiami SIWZ, chociaż w przypadku trwałości strumienia światła źródeł LED na podstawie krótszej perspektywy niż wymóg określony w SIWZ. Należy podkreślić, że krótsza perspektywa jest zgodna ze standardem, chociaż Standard zaleca badania w sposób określony w SIWZ czyli w czasie 10 000

Odwołujący argumentuje, że: „Cytowane powyżej orzeczenia jednoznacznie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie to wykonawca ODEGN s.c. R. S., D. I., zobowiązany był do wykazania, w treści złożonej oferty, iż jest ona zgodna z SIWZ, w tym również, że trwałość strumienia światła oprawy ulicznej o najniższej trwałości spośród ofertowanych opraw ulicznych potwierdzona została udokumentowanym badaniem w ciągu testowanego czasu min, 10 000 godzin.

Odpowiadając na tę tezę, Zamawiający potwierdza, że złożone przez wykonawcę dokumenty potwierdzają wymagane parametry, w tym trwałości strumienia światła, chociaż w sposób niedokładnie taki jak stanowi to SIWZ, czyli w okresie 10 000 godzin, zgodnie zaleceniem standardu LM80-08 a nie bezwzględnego wymogu, którym jest okres 6000 godzin. Nie zmienia to faktu, że dokumenty zostały prawidłowo złożone a ich treść merytoryczna odpowiada wymaganiom SIWZ.

16. Złożona przez wykonawcę, będącego profesjonalistą, oferta nie potwierdza ww. faktu, gdyż dokument złożony przez Wykonawcę wskazuje, iż zaoferowany produkt, został w zakresie trwałości strumienia światła przetestowany czasie jedynie 6 000 godzin.

Odpowiadając na tę argumentację Odwołującego, Zamawiający podkreśla, standard pomiarów utraty strumienia światła źródeł światła LED nazwany LM80-08 [kolejne wydania LM80-15 rozszerzający zakres LM80-08 parametry o promieniowanie, a świetlnego, fotonu lub utrzymanie strumienia świetlnego) określa minimalny czas badania na 6000 h. W tym zakresie Wykonawca spełnił to wymaganie. Organizacja, która opracowała standard badania uznała, że jest to czas wystarczający, aby prawidłowo wyliczyć prognozę TM21-11. Zaleca

też badanie do 10 000 h. Zgodnie z tym zaleceniem SIWZ wymagał takie czasokresu. Nie jest zatem prawdą twierdzenie Odwołującego, że oferta nie potwierdza faktu posiadania przez produkt wymaganej oraz deklarowanej cechy trwałości. Potwierdza tę cechę wg Standardu LM80-15; ponieważ cechą nie jest samo badanie LM80-08 czy LM80-15, lecz wynik prognozy z kalkulatora TM21-H, który wg przywoływanego Standardu jest możliwy do wykonania na bazie badań z Wykonanych w czasie nie krótszym niż 6000 h. Argumentacja, że wykonawca nie potwierdził deklarowanej trwałości utrzymania światła LED jest naciągana, ponieważ potwierdził na bazie, zgodnie z Standardem LM80-15, ale z pominięciem zalecanego czasu a nie bezwzględnie wymaganego. Teoretycznie kolejne pomiary mogłyby wpłynąć na wartość prognozy, ale złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia rozwiały tę wątpliwość i prognoza na bazie kolejnych 4 pomiarów w przedziale 6000-10000 nie uległa ŻADNEJ ZMIANIE Jest to zgodne z metodyką i potwierdza wysoka jakość sprzętu.

17. W zakresie powyższego powołując się na ugruntowany pogląd KIO, zgodnie z którym „Zamawiający w toku badania i oceny ofert zobowiązany test zweryfikować wszystkie wymagania, które sformułował w dokumentacji postępowania wobec przedmiotu zamówienia”, (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2020 r., sygn. akt: KIO 368/20, LEX nr 2946437) podnieść należy, iż Zamawiający jednoznacznie uchybił treści art. 89 ust 1 pkt 2 FZP. nie dokonując odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ.

Odpowiadając na ten zarzut, Zamawiający zaprzecza twierdzeniu Odwołującego, że jakoby nie zweryfikował wszystkich wymagań, które sformułował w dokumentacji postępowania wobec przedmiotu zamówienia. W dwóch Raportach technicznych, dla dwóch etapów postępowania zostały przeanalizowane wszystkie wymagane parametry, w tym kwestionowany przez Odwołującego. Wobec niepewności jak będzie wyglądał parametr trwałości, jeśli podstawą wyliczenia prognozy będzie czas badania nie 6000 h, ale 10 000h wystąpił do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień. Z wyjaśnień wynika, że prognoza na bazie kolejnych 4000 h nie ulega żadnej zmianie w stosunku do prognozy 6000h. (tabela kolejnych pomiarów) Zamawiający nie zaniechał żadnej czynności, ale w sposób dociekliwy wyjaśnił czy nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty. Takich okoliczności uzasadniających odrzucenie oferty nie znalazł, wlec decyzja nie mogła być inna. Odwołujący nie kwestionuje samej wielkości parametru. Nie odnosi się do podstaw Standardu LM80-08. LM80-15. danych z kart katalogowych, wyników wyliczenia prognozy TM21-11, ale podaje wyrwane z kontekstu sprawy, bez związku z niniejszą sprawą wyroki KIO. Niniejsza kwestia jest od spraw rozpatrywanych w cytowanych wyrokach KIO odmienna i wymaga odrębnego potraktowania.

18. Powyższego nie zmienia fakt wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień zgodnie z art. 87 ust 1 PZP. Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający zwrócił się o udzielenie „wyjaśnienia przyczyn, dla której nie zostały przedłożone badania trwałości strumienia światła LED wg. Procedury LM8G-15 wynoszącej 10 000 godzin”. W reakcji na powyższe Wykonawca przedłożył nowy dokument niezalączony do oferty ani nieobjęty wezwaniem Zamawiającego.

Odpowiadając na ten zarzut, Zamawiający stoi na stanowisku, że w każdej chwili ma prawo zwrócić się do wykonawców o wyjaśnienie treści złożonej oferty, W ramach wyjaśnień Wykonawca ma prawo złożyć wszelkie środki dowodowe potwierdzające przyjęte w wyjaśnieniach stanowisko, To, czy wyjaśnienia ewentualne dowody, czyli w tym przypadku rozszerzone o kolejne badania tabel 2, 3 i 4 sprawozdania LM80-G8 uznane zostaną za wiarygodne podlega ocenie Zamawiającego, Wyjaśnienia w istocie niczego szczególnego nie wniosły do sprawy. Dowód w postaci kolejnych wyników badań strumienia złożony w wyjaśnieniach potwierdził wynik prognozy podany w ofercie.

19. Należy przy tym wskazać, iż uzupełnienie tego dokumentu nie jest możliwe. Przypomnieć należy, iż w orzecznictwie KIO podniesiono, iż „stosowanie art 26 ust 3 p.z.p. jest niedopuszczalne, gdy byłoby de facto uzupełnieniem elementu oferty, czyli oferty niekompletnej o brakujący element podlegający ocenie w ramach kryterium techniczno - jakościowym” [Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 października 2019 r., KIO 1934/19 LEX nr 2745423}. Powyższe jednoznacznie przemawia za zasadnością odrzucenia oferty wykonawcy O DE ON s.c, R. S., D. I., albowiem wykonawca nie tylko nie przedstawił dokumentu jednoznacznie wymaganego przez Zamawiającego w treści SIWZ, ale dokument ten nie może być uzupełniony w trybie art. 26 ust 3 PZP

Odpowiedź na tę argumentację może być tylko jedna; Zamawiający nie występował o uzupełnienie czy poprawienie dokumentu, ale wyjaśnienie czy dłuższy okres badania diod będzie skutkowało zmianą prognozy TM21-11. Wykonawca wykazał, że dłuższy okres badania nie ma żadnego wpływu na zadeklarowaną na bazie TM21-11 trwałość strumienia źródeł światła LED,

20. W ocenie Odwołującego, opisane powyżej uchybienia Zamawiającego, nie tylko mogły, ale również bezsprzecznie miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem doprowadziły do wyboru wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona.

Odpowiadając na to podsumowanie zarzutu a., zamawiający stoi na stanowisku, że oferta uznana za najkorzystniejszą spełnia oczekiwania Zamawiającego skonkretyzowane w Opisie Przedmiotu Zamówienia Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia. Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie są sprzeczne ze złożoną ofertą. Nie występują żadne

dodatkowe okoliczności, aby Zamawiający był zobowiązany do ingerencji w treść oferty, poza poprawieniem w ofercie innych omyłek na podstawie art. 87 ust.2 pkt. 3 ustawy pzp, na którą wszyscy wykonawcy wyrazili zgodę a dotyczącą błędów w obliczeniach fotometrycznych. Sam odwołujący również nie kwestionuje wielkości parametru podanego w ofercie wykonawcy, którą uznana została za najkorzystniejszą, lecz krótszą jego perspektywę badania, Przemilcza istotne fakty, jak to metodyka wyliczenia jest zgodna ze standardem LM80-08/LM80-05 a nie uwzględniała zaleceń metodyki dotyczących 10 000h okresu badania próbek. Tymczasem wydłużony okres badania nie wykazał sprzeczności z Ofertą. Zamawiający w ramach badania ofert również zapewnił sobie dostęp do Sprawozdania z badania LM80-15 za pośrednictwem doradców technicznych. Ustalono, że wydłużony do 10 000 h okres badania próbek nie prowadzi do jakiegokolwiek zmiany w treści oferty wykonawców (3 wykonawców, którzy złożyli oferty opraw na diodach OSRAM), żadne działania w tym kierunku nie zostały podjęte.

Zarzut b. Nieprawidłowe badanie ofert

21. Niezależnie od powyższego zauważenia wymaga, iż „trwałość strumienia światła oprawy ulicznej o najmniejszej trwałości spośród oferowanych opraw ulicznych, mierzona parametrem L80B10 zastosowanych w oprawie . ulicznej źródeł światła LED, potwierdzona sprawozdaniem z badania LM80-G8 źródeł światła LED dla temperatury T 1.Ts (Tc) =55aC, 85°C oraz nie mniej niż 105°C wraz z prognozą zgodną ze wzorem Memorandum Technicznym TM-21-1L, lub dokumentem równoważnym, - 10%” stanowi, zgodnie z częścią XI11 pkt 2 lit c) SIWZ kryterium oceny oferty.

Zamawiający potwierdza, że drugim kryterium jakościowym określonym w SIWZ jest deklarowana trwałość strumienia światła oprawy L80B10 (80% początkowego strumienia dla 90% źródeł światła), potwierdzona prognozą TM21-11 opracowaną na bazie Sprawozdania z badań LM80-08 (LM80-15 jako równoważne)

22. Wykonawca wraz z ofertą przedłożył dokumenty zawierające prognozę trwałości strumienia światła w ciągu testowanego czasu jedynie 6 000 godzin, podczas gdy wedle SIWZ „Dokumentami wymaganymi dla oceny trwałości strumienia światła oprawy ulicznej L80B10 jest sprawozdanie z badania LM-80-08 źródeł światła LED dla temp. Ts (Tc) =55aC,85°C oraz 105aC, wraz z prognozą zgodną ze wzorem Memorandum Technicznym TM-21-11 uznaje się dokument opracowany przy zachowaniu podobnych standardów tj. badania strumienia co ok. 1000godzin min 5 razy w ciągu testowanego czasu min. 10000 godzin

Odpowiadając na ww. kwestię Zamawiający stoi na stanowisku, że zachowanie podobnych standardów jak LM 80-08 oznacza dopuszczalność nowszej .metodyki, jaką jest

LM-S0-15 rozszerzone o parametry, które nie podlegały żadnej ocenie a stanowiące, że bezwzględnie, wymagalnym minimalnym okresem badania jest 6000 h, przy czym zalecane jest 10 000h

23. Przypomnieć należy, iż w orzecznictwie KIO podniesiono, iż „stosowanie art 26 ust 3 p.z.p. jest niedopuszczalne, gdy byłoby de facto uzupełnieniem elementu oferty, czyli oferty niekompletnej o brakujący element podlegający ocenie w ramach kryterium techniczno-jakościowym” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 października 2019 r., KIO 1934/19 LEX nr 2745423).

Odpowiadając, Zamawiający podkreśla, że dokument potwierdzający trwałość źródeł światła, czyli Memorandum techniczne - wynik z kalkulatora TM21-11 został złożony i potwierdza deklarowaną trwałość. Złożone Sprawozdanie LM80-15 jest zgodne ze standardem, chociaż nie obejmuje okresu od 6000h do 10 000 h. Przywoływany wyrok KIO pozostaje bez związku z niniejszą sprawą. Nie brakowało elementu podlegającego ocenie w ramach kryterium techniczno-jakościowym. Jak wcześniej wspomniano, pierwszy element oceny jakościowej - moc zainstalowanych opraw zawierał błędy u wszystkich wykonawców, co zamawiający poprawił na podstawie złożonych z ofertą dokumentów, W kwestii drugiego kryterium jakościowego - trwałość opraw LED na bazie trwałości diod LED potwierdzone prognozą TM21-11 trzech wykonawców złożyło w ofercie deklarację trwałości na bazie krótszego okresu pomiarowego. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę oraz informacje pozyskane przez Zamawiającego swoimi źródłami potwierdziły deklarowane wartości i nie było konieczności ingerencji w treść oferty jak to było w przypadku kryterium 1 - moc zainstalowana.

24. Zważywszy, że Wykonawca nie przedstawił dowodów uprawniających Zamawiającego do przyznania mu niezależnie po 10 punktów za spełnienie kryterium dla części I (etapu I) i części II (Etapu II). Tym samym, Zamawiający bezpodstawnie przyznał Wykonawcy punkty w powyższym kryterium,

Odpowiadając, na ten zarzut, Zamawiający kwestionuje argumentację, że „Wykonawca nie przedstawił dowodów uprawniających Zamawiającego do przyznania mu niezależnie po 10 punktów za spełnienie kryterium dla części I (etapu I) i części II (Etapu II)” Wykonawca dowody przedstawił, chociaż były konieczne wyjaśnienia dotyczącej złożonych dowodów, które zostały złożone i nie były sprzeczne ze złożoną ofertą. Nie prowadziły też do jakiegokolwiek zmiany treści oferty.

25. W ocenie Odwołującego opisane powyżej uchybienia Zamawiającego, nie tylko mogły, ale również bezsprzecznie miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem doprowadziły do;

- nieuprawnionego przyznania Wykonawcy: punktów, niezgodnie z zasadami opisanymi w SIWZ;
- wyboru wykonawcy, którego oferta nie była realnie najkorzystniejsza, a także nie była zgodna z SIWZ,

Odpowiadając na ten zarzut, Zamawiający stoi na stanowisku, że nie uchybił żadnemu obowiązkowi bezstronnemu, zgodnemu z Ustawą, na podstawie treści SIWZ i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spełniającej warunki określone w SIWZ. Odwołujący konsekwentnie przemilcza a wręcz przeinacza istotny fakt, że wyliczona prognoza TM21- 11 trwałości światła źródeł LED została złożona, jest wyliczona prawidłowo a zarzut dotyczy krótszego okresu badania tj. 6000h zamiast 10 000h. Dłuższy okres badania nie wpływa w żaden sposób na wynik prognozy,

26. Ewentualnie w sytuacji, w której Izba nie podzieliłaby poglądu o zasadności odrzucenia oferty ODEON s.c. R. S., D. I., z uwagi na niezgodność z SIWZ, wynikającą już z treści samej oferty i załączonych do niej dokumentów podnieść należy wystąpienie uchybienia przez Zamawiającego norm wyrażonych w art. 26 ust 3 PZP w zw. z art. 25 ust. 1 pkt Z) PZP oraz art. 9 ust. 2 PZP.

Zamawiający kwestionuje zasadność argumentacji Odwołującego, w tym zakresie. Nie było wniosków o uzupełnienie, poprawienie złożonych dokumentów, Zamawiający albo sam dokonywał zmian w ofertach, jeśli uznał, że zawierają błędy i wprowadzał te zmiany do ofert, za zgodą wykonawców lub domagał się wyjaśnień treści oferty. Żadne inne czynności nie były podejmowane.

Zarzut c.: zaniechanie wezwania do wyjaśnienia treści art. 26 ust. 3 PZP w zw. z art. 25. ust 1 pkt 2) PZP

27. Jak wynika z treści art. 26 ust, 3 PZP Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art 25a ust 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia, wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania", Zgodnie z art. 25 ust, 1 PZP „w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń, lub dokumentów niezbędnych do s przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty

potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego ",

Odpowiadając na tę argumentację, Zamawiający twierdzi, że nie zachodzą przesłanki określone powyżej a w szczególności, że złożone dokumenty zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości. Zauważone błędy zostały poprawione przez Zamawiającego na co wykonawcy wyrazili zgodę. Ewentualne wątpliwości dotyczące czasu badania próbek pod kątem trwałości strumienia światła źródeł LED zostały wyjaśnione we własnym zakresie, jak również przez wykonawcę i zamawiający uznał je za wystarczające.

28. W odniesieniu do powyższego przypomnieć należy, iż wykonawca w SIWZ jednoznacznie wskazał, iż „sprawozdanie z badania LM80-08 oraz prognoza trwałości strumienia źródeł światła zgodnie ze wzorem matematycznym Memorandum Technicznego TM21-T1 stanowią integralną część oferty, dlatego ich brak przy składaniu oferty skutkuje odrzuceniem oferty. Przy tym trwałość źródeł światła nie może być niższa niż zadeklarowana trwałość wg. standardu L80B10”.

Zamawiający wyjaśnia, że metodyka wyliczania prognozy trwałości strumienia światła za pomocą kalkulatora TM21-11 oparta jest o model matematyczny, dokładnie tak jak to opisuje Odwołujący. Model, działa poprawnie dla ilości pomiarów minimalnym okresie 6000 godzin, przy pomiarach co ok. 1000 godzin (minimum 6 pomiarów) Tak stanowi Memorandum techniczne.

Wykonawca przedstawił 10 pomiarów w okresie 6000h co jak najbardziej spełniało kryteria określone dla stosowania TM21-11. Wszystkie ww. dokumenty były załączone do kwestionowanej oferty. Na podstawie tych, załączonych dokumentów było możliwe dokonanie oceny.

29. Brak oferty w zakresie prognoz Wykonawca uzupełnił samodzielnie pismem z dnia 2.04.2020 r.t do którego załączył pismo producenta Signify Poland sp. z o.o. zawierające Raport Sprawozdanie z badania LM80-15 dla 10000h oraz prognozę TM 21 dla temp. 55m 85 i 105°C dla 10000h w języku angielskim.

W odpowiedzi, po raz kolejny zamawiający zaznacza, że w ofercie była prognoza TM21-11, Dodatkowe wyjaśnienia Wykonawcy, dotyczące kwestii czy podana prognoza ulegnie zmianie; jeśli okres badania zostanie wydłużony wykazały, że prognoza wyliczona na bazie dłuższego okresu badań wcale nie ulega nawet najmniejszej zmianie. Nie prowadzi to żadnej, nawet najmniejszej zmianie w treści oferty. Dodatkowe liczby arabskie umieszczone w tabeli tożsamego co treści sprawozdania z badania LM8 0-08, nie podlegają tłumaczeniu na język polski i były zrozumiałe dla ekspertów zamawiającego.

30. Jak wskazano orzecznictwie KIO „Samodzielne uzupełnianie dokumentów, o których mowa w art 25 ust 1 p.z.p., niepoprzedzone wezwaniem przez Zamawiającego w trybie art 26 ust 3 p.z.p. przez wykonawców, jest niedopuszczalne, j nie może rodzić żadnych skutków, sprzeciwia się temu bowiem zarówno literalne brzmienie przepisu art.26 ust.3 p.z.p., jak i zasada równego traktowania wykonawców wskazana art 7 ust 1 p.z.p. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone . jest przez ..Zamawiającego, który zasadniczo ponosi wyłączną odpowiedzialność za jego prawidłowość i zgodność z obowiązującymi przepisami”. „Wykonawca nie jest uprawniony do samodzielnego uzupełniania wadliwych czy też niepełnych dokumentów oferty. Uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu winno się odbywać w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jedynie w drodze procedury opisanej w przepisie art 26 ust 3 p.z.p. To na Zamawiającym ciąży obowiązek oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to on bada wszystkie przedstawione mu wraz. z ofertami dokumenty i oświadczenia. Jest to jedyna droga, na . której powinny i mogą być uzupełniane w toku postępowania o udzielenie zamówienia dokumenty lub oświadczenia potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 listopada 2017 r., sygn. KIO 2343/17, LEX nr 2415530)”

Zamawiający sam, w oparciu o złożone dokumenty dokonał oceny kwestionowanej oferty.

Zadaniem wykonawcy było wyjaśnienie wątpliwości Zamawiającego, czy prognoza nie ulegnie zmianie, jeśli okres badania próbek, będzie dłuższy. Należy również wziąć pod uwagę fakt, że okres wygrzewania próbek 6 000 h (bezwzględny wymóg LM80-08 do zastosowania TM21-11) to prawie jeden rok kalendarzowy, 10 000 h to 13-14 miesięcy. Zważywszy na bardzo szybki postęp w technologii LED, innowacyjni producenci mogą nie dysponować badaniem 10 000 godzinnym dla produktów wprowadzonych do produkcji w ciągu ostatnich 12 miesięcy. W tym przypadku producent źródeł światła dysponował takimi badaniami natomiast producent opraw, chociaż jest trzecim, największym na świecie producentem źródeł światła LED, stosując w swoich oprawach źródła światła OSRAM nie posiadał tych danych. Dane te były w posiadaniu konsultantów technicznych zamawiającego.

31. W konsekwencji powyższego uznać należy, iż Zamawiający niezgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego i zapisami S1WZ, pominął czynność wezwania, do której zobowiązany był wedle art. 26 ust 3 PZP.

Nie było takiej konieczności, aby wzywać wykonawcę do składania dokumentów, które zostały złożone, Prognoza TM21-11 została przez Wykonawcę (?) prawidłowo

wyliczona na podstawie złożonego sprawozdania LM80-08 a ewentualne wątpliwości Zamawiającego dotyczyły zachowania się źródeł światła przy dłuższym badaniu, tj. w okresie od 6000 do 10 000 godzin eksploatacji, co zostało wyjaśnione,

32. W ocenie Odwołującego, opisane powyżej uchybienia Zamawiającego, nie tylko mogły, ale również bezsprzecznie miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem doprowadziły do wyboru wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona,

Odpowiadając na zarzut, złożone dokumenty wskazywały na to, że oferta uznana za najkorzystniejszą spełnia oczekiwania Zamawiającego skonkretyzowane w Opisie Przedmiotu Zamówienia Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia, Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie są sprzeczne ze złożoną ofertą. Nie występują żadne dodatkowe okoliczności, aby Zamawiający był zobowiązany do ingerencji w treść oferty, poza ingerencją już dokonaną, na którą wszyscy wykonawcy wyrazili zgodę a dotyczącą błędów w obliczeniach foto metrycznych. Sam odwołujący również nie kwestionuje wielkości parametru podanego w ofercie wykonawcy, która uznana została najkorzystniejszą, lecz krótszą jego perspektywę badania. Przemilcza istotne fakty, jak to metodyka wyliczenia jest zgodna ze standardem LM80-08/LM80-15 a nie uwzględniała zaleceń metodyki dotyczących 10 000 h okresu badania próbek. Tymczasem wydłużony okres badania nie wykazał sprzeczności z ofertą. Zamawiający w ramach badania ofert również zapewnił sobie dostęp do Sprawozdania z badania LM80-15 za pośrednictwem doradców technicznych. Ustalono zostało, że wydłużony do 10 000 h okres badania próbek nie prowadzi do jakichkolwiek zmiany w treści oferty wykonawców (3 wykonawców, którzy złożyli oferty opraw na diodach OSRAM), żadne działania w tym kierunku nie zostały podjęte.

Zarzut d.: uznanie za prawidłowy dokumentu badania LM80-08 oraz prognozy trwałości strumienia źródeł światła, złożonego w języku angielskim bez tłumaczenia dokumentu.

33. Jak zastało już wskazane powyżej załączona do oferty wykonawcy prognoza trwałości strumienia światła w ciągu testowanego czasu jedynie 6 000 godzin - jest jednoznacznie niezgodna z treścią SIW2, W toku wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, w odpowiedzi na wezwanie na podstawie art 87 ust 1 PZP z dnia 27.03.2020 r.; Wykonawca przedłożył Raport Sprawozdanie z badania LM80-15 dla 16000h oraz prognozę TM 21 dla temp, 55m 85 i 105°C dla 16M0h w języku angielskim. Powyższe wyjaśnienie uznane zostało przez zamawiającego za wystarczające, w sytuacji, w której dokonał on wyboru oferty ww. wykonawcy.

W odpowiedzi, po raz kolejny zamawiający zaznacza, że w ofercie była prognoza TM21-11. Dodatkowe wyjaśnienia Wykonawcy dotyczące kwestii czy podana prognoza ulegnie zmianie, jeśli okres badania zostanie wydłużony wykazały, że prognoza wyliczona na bazie dłuższego okresu badań wcale nie ulega nawet najmniejszej zmianie. Nie prowadzi to żadnej, nawet najmniejszej zmiany w treści oferty. Dodatkowe liczby arabskie umieszczone w tabeli tożsamego co do treści sprawozdania z badania LM80-08/nie podlegają tłumaczeniu na język polski i były zrozumiałe dla ekspertów zamawiającego,

34. W kontekście powyższego przypomnieć należy; iż wedle art, 9 ust. 2 PZP „Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim”. Co więcej, ponownego przypomnienia wymaga, iż Zamawiający jednoznacznie wskazał, w treści SIWZ, iż „wymaga od Wykonawcy (na etapie składania ofert) - w celu dokonania oceny. czy oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom o kreślonym przez Zamawiającego w Tabelach nr 4,5,6,7, Załącznika nr 1 do SIWZ - 1a, 1b”, „wykazania, że trwałość strumienia światła oprawy ulicznej o najniższej trwałości spośród ofertowanych opraw ulicznych, mierzona parametrem L80B10” „Dokumentami wymaganymi dla oceny trwałości strumienia światła oprawy ulicznej L80B10 jest sprawozdanie z badania LM-80-08 źródeł światła LED dla temp. Ts (Tc) =55aC,85°C oraz 105aC, wraz z prognozą”, „Raport sporządzony w języku obcym jest składany wraz z tłumaczeniem na język polski:”

W odpowiedzi, po raz kolejny zamawiający zaznacza, że w ofercie była prognoza TM21-11. Dodatkowe wyjaśnienia Wykonawcy, dotyczące kwestii czy podana prognoza ulegnie zmianie, jeśli okres badania zostanie wydłużony wykazały, że prognoza wyliczona na bazie dłuższego okresu badań wcale nie ulega nawet najmniejszej zmianie. Nie prowadzi to do żadnej, nawet najmniejszej zmiany w treści oferty. Dodatkowe liczby arabskie umieszczone w tabeli tożsamego co treści sprawozdania z badania LM80-08, nie podlegają tłumaczeniu na język polski i były zrozumiałe dla ekspertów zamawiającego.

35. Przywołać należy, pogląd wyrażony w orzecznictwie KIO, zgodnie z którym „Przyjęcie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tym bardziej, do oceny merytorycznej oferty, dokumentu złożonego w całości w języku obcym (innym niż język polski) prowadziłoby do naruszenia zasady art 9 ust 2 p.z.p., tj. zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w języku polskim”, „Brak w ofercie, czy w jej uzupełnieniu dokumentu przedmiotowego w polskiej wersji językowej (brak tłumaczenia dokumentu) kwalifikuje się stwierdzeniem, że wykonawca nie wykazał spełniania wymogów merytorycznych oferty opisanych w treści SIWZ. Taką ofertę należy uznać za niezgodną z treścią SIWZ i odrzucić w świetle dyspozycji art 89 ust 1 pkt 2 p.z.p”. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2013 r. sygn.: KIO 599/13 LEX nr 1311877).

Ponownie podkreślić należy że zamawiający nie wzywał Wykonawcy o uzupełnienie treści oferty, lecz o udzielenie dodatkowych wyjaśnień, dotyczących kwestii czy podana prognoza ulegnie zmianie, jeśli okres badania zostanie wydłużony. Zamawiający zapoznał się z treścią wyjaśnienia w języku polskim. Dokument w języku angielskim dołączony został przez Wykonawcę do wyjaśnień. Zamawiający przyjął to do wiadomości, ale nie miał potrzeby jego analizowania, gdyż weryfikacji dokonano na bazie własnych źródeł. Podkreślić należy, że nawet ewentualna analiza dołączonego dokumentu w języku angielskim sprowadzałaby się do oceny wyłącznie wykresu oraz tabeli z cyframi arabskimi w dodatkowych 4 wierszach.

36. Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, uznać należy, iż złożone przez Wykonawcę w ramach udzielonych wyjaśnień - Raport oraz prognozy trwałości strumienia światła, bez obowiązkowego tłumaczenia:

- są niezgodne z treścią art. 9 ust 2 PZP;*
- są niezgodne z treścią SIWZ, gdzie jednoznacznie wskazano, iż „Raport sporządzony w języku obcym jest składany wraz z tłumaczeniem na język polski”.*

Zamawiający zapoznał się z treścią wyjaśnienia w języku polskim. Dokumentu w języku angielskim nie analizował, z wyłączeniem wykresu oraz tabeli z cyframi arabskimi w dodatkowych 4 wierszach. Przyjęto do wiadomości, ale weryfikacji dokonano na bazie własnych źródeł

37. W ocenie Odwołującego, opisane powyżej uchybienia Zamawiającego, nie tylko mogły, ale również bezsprzecznie miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem doprowadziły do wyboru wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona.

Wobec wystąpienia opisanych powyżej naruszeń przepisów ustawy, które miały wpływ lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konieczne jest:

- a) unieważnienie czynności wyboru, badania i oceny ofert;*
- b) odrzucenie oferty ODEON s.c. R. S., D. I., ul. Łowicka 26 A, 44-105 Gliwice, jako sprzecznej % treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ);*
- c) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert z pominięciem oferty ODEON s.c. R. S., D. I.;*

alternatywnie:

- d) unieważnienie czynności wyboru, badania i oceny ofert;*

e) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, w ramach których wykonawcy ODEON s.c, R. S., D. I. odjęta zostanie całość punktów za kryterium trwałości strumienia światła opraw L80B10 -T, dla części I (etap I) oraz dla części II (etap II).;

a w przypadku, gdyby powyższe nie znalazło potwierdzenia w ocenie Izby, z ostrożności procesowej;

f) unieważnienie czynności wyboru, badania i oceny ofert;

g) wezwanie wykonawcy ODEON s.c. R. S., D. I., w trybie art. 26 ust. 3 PZP do uzupełnienia dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, tj. dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań, określonych przez Zamawiającego, tj. badania LM80-08 oraz prognozy trwałości strumienia źródeł światła dokonanej badaniem w ciągu testowanego czasu min. 10.000 godzin.

Odpowiadając na żądania Odwołującego, Zamawiający:

a) nie uznaje za właściwe unieważnienie czynności wyboru, badania i oceny ofert;

b) uważa, że nie zachodzą żadne przesłanki odrzucenia oferty ODEON s.c. R. S., D. I., ul. Łowicka 26 A, 44-105 Gliwice, jako sprzecznej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ);

c) w konsekwencji nie ma żadnej konieczności przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z pominięciem oferty ODEON s.c. R. S., D. I.;

alternatywnie:

d) kwestionuje żądanie unieważnienia czynności wyboru, badania i oceny ofert;

e) nie ma uzasadnienia do przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, w ramach których wykonawcy ODEON s.c.' R. S., D. I. odjęta zostanie całość punktów za kryterium trwałości strumienia światła opraw L80B10 -T, dla części I (etap I) oraz dla części II (etap II).;

a w przypadku, gdyby powyższe nie znalazło potwierdzenia w ocenie Izby, z ostrożności procesowej;

f) oddalenia jako bezzasadnego żądania unieważnienia czynności wyboru, badania i oceny ofert;

g) oddalenie jako bezzasadnego żądania wezwanie wykonawcy ODEON s.c. R. S. D. I., w trybie art. 26 ust. 3 PZP do uzupełnienia dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, tj. dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań, określonych przez Zamawiającego, tj. badania LM80-08 oraz prognozy trwałości strumienia źródeł światła dokonanej badaniem w ciągu testowanego czasu min. 10 000 godzin, gdyż złożone dokumenty, prognoza TM21-11 opinie ekspertów i

własne informacje pozwalają uznać, że złożone dokumenty są wystarczające do dokonania oceny oferty.

Na koniec podkreślenia wymaga, że zgodnie z interpretacją wskazaną w komentarzu praktycznym P. Karkoszka, Przesłanki odrzucenia oferty w przetargu publicznym zamawiający prowadząc postępowanie miał w szczególności na uwadze sugestie zawarte w motywie 103 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2034/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L z 2014 r. Nr 94, s. 65) - dalej dyrektywa klasyczna — i w motywie 108 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE z 2014 r. Nr 95, s. 243) - dalej dyrektywa sektorowa - według której zamawiający powinien odrzucić oferty po zaistnieniu jednej z przesłanek, w szczególności gdy:

- cena jest rażąco niska;
- których rażąco niska cena lub koszt wynikają z niezgodności oferty z przepisami prawa socjalnego, prawa pracy lub prawa ochrony środowiska;
- opierają się na błędnych założeniach technicznych, ekonomicznych lub prawnych albo na niewłaściwych praktykach;
- nie odpowiadają niedyskryminacyjnym i powiązanim z zamówieniem warunkom realizacji zamówienia w rozumieniu motywu 104 dyrektywy klasycznej lub motywu 109 dyrektywy sektorowej, które to warunki odnoszą się m.in. do procesu produkcyjnego lub procesów upowszechniania produktów na rynek.

Ofert nie wolno odrzucać bez przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, chyba że przesłanki odrzucenia są oczywiste, jak na przykład w przypadku wykonawców wykluczonych z postępowania lub niezaproszonych do składania ofert po przeprowadzeniu preselekcji.

Na podstawie art. 42 ust. 5 i 6 dyrektywy klasycznej lub art. 60 ust. 5 i 6 dyrektywy sektorowej zamawiający nie może odrzucić oferty niezgodnej ze specyfikacjami technicznymi wskazanymi w ogłoszeniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeśli wykonawca udowodni za pomocą dowolnych i odpowiednich środków dowodowych równoważność zaproponowanych przez siebie rozwiązań z wymaganiami zamawiającego.

Przez specyfikacje techniczne wymienione w załączniku VII do dyrektywy klasycznej lub załączniku VIII do dyrektywy sektorowej należy rozumieć:

- specyfikacje techniczne robót budowlanych, dostaw lub usług;
- normy międzynarodowe, europejskie, krajowe;

- europejskie oceny techniczne wyrobów budowlanych;
- wspólne specyfikacje techniczne w dziedzinie ITC (Interstate Telecommunications Cooperative);
- referencje techniczne. (...)"

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się formalnie na trzecią pozycję w rankingu w cz. I, a na drugiej pozycji w rankingu w cz. II, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia. Inaczej mówiąc - w zakresie cz. I, oferta Odwołującego została oceniona na trzecim miejscu – w przypadku zatem odrzucenia oferty Przystępującego, oraz negatywnej oceny dokumentów złożonych przez drugiego wykonawcę (tylko Odwołujący z pośród czterech Wykonawców złożył dokument na wymagany czasookres 10 tys. h), bądź też odmowy zawarcia umowy, Odwołujący będzie miał możliwość zawarcia przedmiotowej umowy. W zakresie części II, oferta Odwołującego została oceniona jako druga, a w związku z powyższym, w przypadku odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, Odwołujący będzie miał możliwości zawarcia umowy.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej. W tym w szczególności oferty Przystępującego oraz sprawozdania z badań, tj. raportu z badania trwałości strumienia diod LM 80-15 zamiast wymaganego SIWZ LM80-08, przy okresie badania wynoszący nie minimum 10 000 godzin, ale tylko 6000 h, jak i pisma Odwołującego skierowanego do Zamawiającego z 23.03.2020 r., wezwania do wyjaśnień z 27.03.2020 r., czy też odpowiedzi z 02.04.2020 r. wraz z załącznikami (pisma Signify z 31.03.2020 r., sprawozdania z badania LM80-15 na 16000h, prognozy TM 21 – dla TM 55, 85 i 105 stopni C dla 10000h).

Izba nie zaliczył w poczet materiału dowodowego złożony na rozprawie przez Przystępującego wydruk ze strony internetowej z uwagi na jego złożenie w języku angielskim bez tłumaczenia, co jest niezgodne z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów

z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1092 i poz. 1992) (§ 19 ust. 3).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także pisma procesowe złożone w sprawie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanego na posiedzeniu i rozprawie zarzutu stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

a) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ODEON s.c., pomimo że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ;

b) art. 91 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez przyznanie wykonawcy ODEON s.c. po 10 punktów za kryterium „*Trwałość strumienia światła oprawy ulicznej o niniejszej trwałości spośród oferowanych opraw ulicznych, mierzona parametrem L80B10 zastosowanych w oprawie ulicznej źródeł światła LED, potwierdzona sprasowaniem z badania LM80-08 źródeł światła LED dla temperatury T 1. Ts (Tc) =55oC, 85oC oraz nie mniej niż 105oC wraz z prognozą zgodną ze wzorem Memorandum Technicznym TM-21-11, lub dokumentem równoważnym*” dla każdego z Etapów oraz dokonanie wyboru oferty jako najkorzystniejszej, pomimo iż Wykonawca nie przedłożył dokumentów na potwierdzenie ww. kryterium, wymaganych w SIWZ wraz z ofertą;

a w przypadku, gdyby powyższe nie znalazło potwierdzenia w ocenie Izby, z ostrożności procesowej:

c) art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ODEON s.c., do uzupełnienia dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, tj. dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań, określonych przez Zamawiającego, tj. badania LM80-08 oraz prognozy trwałości strumienia źródeł światła dokonanej badaniem w ciągu testowanego czasu min. 10 000 godzin;

d) art. 9 ust. 2 Pzp poprzez uznanie za prawidłowy dokumentu badania LM80-08 oraz prognozy trwałości strumienia źródeł światła dokonanej badaniem, złożonego w języku angielskim bez tłumaczenia dokumentu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Istotna jest również treść

postanowień SIWZ przywołanych w uzasadnieniu w dalszej części, jak i oferty Przystępującego i dokumentów do niej dołączony, wezwania z 27.03.2020 r, jak i odpowiedzi z 02.04.2020 r. Do dalszych kwestii Izba odniesie się w dalszej części w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Izba uwzględniła zarzut pierwszy, a konsekwencji całe odwołanie. W tym zakresie należy podzielić argumentację Odwołującego oraz rozprawy. Zamawiający wymagał jak wskazywał (Rozdz. III - str. 10 SIWZ pkt 5): „(...) dla oceny trwałości strumienia światła oprawy ulicznej L80B 10 (...) sprawozdanie z badania LM-80-08 źródeł światła LED dla temp. T_s (T_c) = 55°C, 85°C oraz nie mniej niż 105°C wraz z prognozą zgodną ze wzorem Memorandum Technicznym TM 21-11 lub inny dokument równoważny. Przy tym za dokumenty równoważne do LM-80-08 oraz TM-21-11 uznaje się dokument opracowany przy zachowaniu podobnych standardów badania trwałości strumienia światła LED, w równoważnych warunkach otoczenia tj. badania strumienia co ok. 1000 godzin min. 5 razy w ciągu testowanego czas min. 10 000 godzin w temperaturach wskazanych jako referencyjne oraz opracowaniu prognozy trwałości strumienia zgodnie ze wzorem matematycznym używanym w przypadku Memorandum Technicznego TM-21-11. Raport sporządzony w języku obcym jest składany wraz z tłumaczeniem na język polski; (...)”. Jednocześnie, w Rozdz. III na końcu pkt 5 stwierdził, że: „(...) Sprawozdanie z badania LM80-08 oraz prognoza trwałości strumienia źródeł światła zgodnie ze wzorem matematycznym Memorandum Technicznego TM21-11 stanowią integralną część oferty, dlatego ich brak przy składaniu oferty skutkuje odrzuceniem oferty. Przy tym trwałość źródeł światła nie może być niższa niż zadeklarowana trwałość wg standardu L80B10”. W ocenie Izby, brak tego rodzaju pouczenia w Rozdz. X SIWZ pkt 6. 4) nie stanowi o tym, że sprawozdanie z badań i prognoza są uzupełniającymi dokumentami wskazanymi w art. 25 ust.1 pkt 1 lub 2 Pzp. Nie może i nie stanowi o tym stwierdzenie z pkt 6 Rozdz. X SIWZ: „Wykonawca wraz z ofertą załącza następujące oświadczenia i dokumenty”. Tego rodzaju sformułowanie jest dość powszechnie stosowane przez Zamawiających właśnie po to, aby podkreślić, co jest ofertą sensu stricto (oferta) oraz oferta sensu largo (wymienione dokumenty). W tym stanie faktycznym, kluczową kwestią jest czy te dokumenty są częścią oferty, czy też mogą być zaliczone do dokumentów przedmiotowych uzupełniających. W tym ostatni wypadku określają to postanowienia SIWZ ze str. 17 w pkt 5b). Nie ma wśród nich

sprawozdania z badań oraz prognozy. Twierdzenie, że są to de facto specyfikacje techniczne, Izba uznaje za absurdalne. Jednocześnie, Izba podkreśla, to do czego (zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego z rozprawy) miały służyć sporne dokumenty, czyli do oceny trwałości strumienia światła i sprawdzenia, czy trwałość źródeł światła nie jest niższa niż zadeklarowana trwałość według standardu. (Rozdz. III pkt 5 akapit pierwszy oraz trzecie ostatnie zdanie). Inaczej mówiąc, Zamawiający nie poprzestawał na oświadczeniach i wartościach podanych w formularzu ofertowym Przystępującego, ale je weryfikował w oparciu o wskazane powyżej dokumenty.

Nadto, Izba wskazuje na postanowienia także z Rozdz. III ostatni akapit przed pkt 3 SIWZ, że: *„Podlegające ocenie punktowej: suma mocy opraw, wynikająca z obliczeń fotometrycznych oraz oceniany parametr użytkowy charakteryzujący właściwości opraw oświetleniowych w postaci trwałości strumienia światła określanego parametrem L80B10 stanowią podlegającej ocenie integralną część oferty, dlatego ich brak przy składaniu oferty skutkuje odrzuceniem oferty”*. Mamy więc tutaj korelację z postanowieniami z pkt 5, świadczącą o tym, że postanowienia zostały stworzone w sposób konsekwentny, tzn. oceniany parametry, jak i sprawozdanie z badań z prognozą stanowią integralną część oferty. Potwierdza, to także postanowienie ze str. 24 (Rozdz. XIII Ad. c kryterium p3): *„W przypadku, gdy Wykonawca nie zaoferuje albo zaoferuje trwałość strumienia światła oprawy ulicznej o najniższej trwałości spośród oferowanych opraw ulicznych, mierzoną parametrem L80B10 dla oprawy, mniejszą niż 100 000 h, Zamawiający dokona odrzucenia oferty Wykonawcy.”*.

Dla Izby nie podlega dyskusji, że sprawozdanie z badań oraz prognoza, to integralna część oferty, a ich niezłożenie lub złożenie niezgodnie z parametrami równoważności (co miało miejsce w przedmiotowej sprawie) skutkuje koniecznością odrzucenia oferty Przystępującego. Izba nie dostrzegła jakichkolwiek niejasności w tym zakresie w postanowieniach SIWZ, które mogłyby skutkować na korzyść Przystępującego. Należy podkreślić, że Zamawiający wymagał nie tylko oświadczenia w formularzu ofertowym, ale także sprawozdania z badań i prognozy. W konsekwencji nie można poprzestać jedynie na samym oświadczeniu z danymi bez sprawozdań, które następnie Zamawiający podstawiałby do ogólnie dostępnego kalkulatora internetowego, takiego jak wydruk próbował złożyć Przystępujący na rozprawie. Takiego rodzaju procedury nie przewidywał Zamawiający w SIWZ.

Dodatkowo, Izba wskazuje na pierwszy akapit wezwania z 27.03.2020 r.: *„Złożony został Raport z badania trwałości strumienia diod LM 80-15 zamiast wymaganego SIWZ*

LM80-08. SIWZ dopuszczała taką możliwość pod warunkiem jednak, że minimalny okres badania będzie nie krótszy niż zalecany w wytycznych do przeprowadzania badania wg procedury LM 80-15 tj. wynoszący minimum 10 000 godzin. Złożony Raport LM80-15 ma wyniki z badania w okresie minimalnym wg procedury tj. 6000 h.”, uznając, że tak samo, jak Izba odczytywał postanowienia SIWZ Zamawiający, zmieniając swoje stanowisko w wyniku zaistniałej sytuacji procesowej.

Jednocześnie Izba nie zgadza się z relatywizowaniem postanowień SIWZ przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, jest to de facto próba zmiany postanowień SIWZ po terminie składnia ofert. Należy podzielić stanowisko Odwołującego z rozprawy, że gdyby takie stanowisko, jak obecnie, tj. dopuszczenie sprawozdania z badań czasookresu 6 ty. h, zamiast 10 tys. h., była powszechnie znana przed terminem składnia ofert, to krąg podmiotów składających oferty mógłby być odmienny, jak i oferowane produkty. Nie można wykluczyć, tak jak twierdził na rozprawie Odwołujący, że wtedy otrzymałby z kryterium p3 zamiast 6, nawet 10 punktów.

W rezultacie oferta Przystępującego winna zostać odrzucona, a same dokumenty sprawozdania i prognozy nie mają charakteru uzupełniających, z uwagi na jednoznaczne ich zakwalifikowanie przez Zamawiającego, jako integralna część oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Izba uwzględniła zarzut drugi. Jednocześnie, zgadzając się ze stanowiskiem Odwołującego, że nie tylko podstawa prawna, ale i faktyczna jest istotą zarzutu. W tym wypadku, z uzasadnienia faktycznego wynikają jednoznacznie określone postanowienia SIWZ, w konsekwencji należy wnosić, że zaistniała omyłka w podstawie prawnej ma charakter redakcyjny. W pozostałym zakresie, Izba wskazuje, że z racji uwzględnienia, pierwszego zarzutu, który ma charakter zarzutu dalej idącego, zarzut drugi nie ma realnego wpływu na ranking, choć jest zasadny.

Przy czym, Izba wskazuje, że nie można przystać na tezy, że w kryterium p3 wystarczałaby deklaracja z formularza ofertowego. Sam Zamawiający na rozprawie, wyraźnie wskazywał że ta deklaracja była weryfikowana poprzez sprawozdania (dla ceny). W konsekwencji nie można uznać, że dokument sprawozdania z badań oraz prognoza miały charakter irrelevantny dla kryterium p3.

Potwierdza, to także samo brzmienie kryterium ze str. 23 SIWZ (Rozdz. XIII) odnoszące się wprost do sprawozdania: „*trwałość strumienia światła oprawy ulicznej o niniejszej trwałości spośród oferowanych opraw ulicznych, mierzona parametrem L80B10*

zastosowanych w oprawie ulicznej źródeł światła LED, potwierdzona sprawozdaniem z badania LM80-08 źródeł światła LED dla temperatury T 1. Ts (Tc) =55oC, 85oC oraz nie mniej niż 105oC wraz z prognozą zgodną ze wzorem Memorandum Technicznym TM-21-11., lub dokumentem równoważnym. – 10%”. W konsekwencji, z uwagi na zarzut pierwszy, wyjaśnienia były niedopuszczalne. Wobec nakazanego odrzucenia oferty Przystępującego, kwestia oceny, czyli punktacji jest bezprzedmiotowa, gdyż oferta odrzucona nie podlega punktacji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu trzeciego oraz czwartego miały one charakter alternatywny, czy też ewentualnym, ich rozpoznawanie było uwarunkowane nie uznaniem dwóch pierwszych, co nie nastąpiło, z tej przyczyny nie będą rozpoznawane. Jedynie poglądowo w zakresie zarzutu trzeciego i kwestii samodzielnego uzupełniania Izba wskazuje na wyrok KIO z 02.10.2019 r., sygn. akt: KIO 1829/19.

Odnośnie, zaś tłumaczenia na język polski, Przystępujący nie miał problemów, że złożeniem takiego tłumaczenia na etapie składnia ofert, mimo że także wcześniej znaczna część danych to cyfry arabskie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....