



Siedlecki
KANCELARIA PRAWNA

Warszawa, dnia 29 maja 2020 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17 A
02-676 Warszawa

Zamawiający: Gmina Sandomierz
Plac Poniatowskiego 3

27-600 Sandomierz

e-mail:

zamowienia.publiczne@um.sandomierz.pl

krzysztof.kwiecinski@um.sandomierz.pl

Odwołujący: POLLIGHT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

Al. J. Ch. Szucha 11B lok. H2

00-580 Warszawa

reprezentowany przez

r.pr. Tomasza Siedleckiego

Kancelaria Prawna Tomasz Siedlecki Radca Prawny

ul. Nowowiejska 10/7, 01-653 Warszawa

e-mail: biuro@kancelariasiedlecki.pl

Dotyczy postępowania *Modernizacja miejskiego oświetlenia ulicznego na energooszczędne na terenie Miasta Sandomierza etap I i II" realizowanego w ramach naboru nr*

pn.: *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





Numer ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2019/S 244-599634

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 1843), zwanej dalej: „ustawą PZP” lub „PZP; POLLIGHT Sp. z o.o. (zwana dalej: „Odwołującym”) wnosi odwołanie od niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego **polegającej na wyborze dla części I (etap I) i części II (Etap II)** postępowania „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”; **oferty ODEON s.c. Remigiusz Starobrat, Damian Imiela, ul. Łowicka 26 A, 44-105 Gliwice** pomimo, iż wskazana powyżej oferta jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ).

1. Zarzuty:

Niniejszym Odwołujący zarzuca naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy PZP:

- a) **Art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ODEON s.c. Remigiusz Starobrat, Damian Imiela, pomimo że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ;
- b) **Art. 91. ust. 1 pkt 1 PZP** poprzez przyznanie wykonawcy ODEON s.c. Remigiusz Starobrat, Damian Imiela **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) =55°C, 85°C oraz nie mniej niż 105°C 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. Remigiusz Starobrat, Damian Imiela, 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.

2. Wniosek, co do rozstrzygnięcia:

Odwołujący wnosi 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. Remigiusz Starobrat, Damian Imiela, ul. Łowickca 26 A, 44-105 Gliwice, jako sprzecznej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ);
- f) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert z pominięciem oferty ODEON s.c. Remigiusz Starobrat, Damian Imiela;

alternatywnie:

- g) unieważnienie czynności wyboru, badania i oceny ofert;
- h) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, w ramach których wykonawcy ODEON s.c. Remigiusz Starobrat, Damian Imiela odjęta zostanie całości 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. Remigiusz Starobrat, Damian Imiela, 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.

3. Termin

Odwołujący otrzymał informację o wyborze oferty w dniu 19 maja 2020 r., gdy Zamawiający opublikował dokonany przez siebie wybór oferty najkorzystniejszej, zatem 10-dniowy termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 29 maja 2020 r. Odwołanie należy zatem uznać, za wniesione w terminie.

4. Interes

Niewątpliwie Odwołujący posiada interes we wniesieniu Odwołania. **W zakresie Części I, oferta Odwołującego została oceniona na trzecim miejscu – w przypadku zatem odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, oraz negatywnej oceny dokumentów złożonych przez drugiego wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bądź też odmowy zawarcia umowy, Odwołujący będzie miał możliwość zawarcia przedmiotowej Umowy o zamówienie publiczne. 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.**

W konsekwencji, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP, Odwołujący poniesie szkodę, bowiem utraci szansę na uzyskanie zamówienia - zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym nie wykona przedmiotu zamówienia i nie uzyska wynagrodzenia z tytułu jego realizacji. Powyższe niezbicie dowodzi naruszenia interesu





Odwołującego w uzyskaniu niniejszego zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie PZP.

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny

1. 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.
2. 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) =55°C, 85°C oraz nie mniej niż 105°C 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) =55°C, 85°C oraz 105°C, 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”.

3. 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. $T_s (T_c) = 55^{\circ}\text{C}, 85^{\circ}\text{C}$ oraz nie mniej niż 105°C 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 100°C przy zastosowaniu jako źródła światła diod LED niskiej mocy (niskoprądowe).
- Poprawia się oczywista omyłkę w podaniu definicji współczynnika zapasu, który jest odwrotnością współczynnika utrzymania.
5. Wykonawca ODEON s.c. Remigiusz Starobrat, Damian Imiela złożył ofertę do której przedłożył badania trwałości strumienia światła LED wg. procedury LM80-15 wynoszącej 6 000 godzin.
6. W dniu 27.03.2020 r. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 PZP zwrócił się do wykonawcy ODEON s.c. Remigiusz Starobrat, Damian Imiela, o udzielenie wyjaśnienia przyczyny, dla której nie zostały przedłożone badania trwałości strumienia światła LED wg. procedury LM80-15 wynoszącej 10 000 godzin.
7. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Wykonawca ODEON s.c. Remigiusz Starobrat, Damian Imiela 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 zaofertowane 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 105°C dla 10000h w języku angielskim.

8. Zamawiający w dniu 19.05.2020 r. opublikował wybór oferty Wykonawcy ODEON s.c. Remigiusz Starobrat, Damian Imiela.
9. 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.

II. Uzasadnienie zarzutów odwołania

Zarzut a.: zaniechanie odrzucenia oferty

10. 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. $T_s (T_c) = 55^\circ C, 85^\circ C$ oraz $105^\circ C$, 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.**
11. 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.**
12. 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 zaofertowanych 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**". (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 marca 2020 r., sygn. KIO 397/20, LEX nr 2946236 – wyrok).

13. 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).
14. 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 Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2020 r., sygn. KIO 2651/19, LEX nr 2923272).
15. Cytowane powyżej orzeczenia jednoznacznie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie to wykonawca ODEON s.c. Remigiusz Starobrat, Damian Imiela, 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.**





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.
17. 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**”, (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 PZP, nie dokonując odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ.**
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 dane trwałości strumienia światła LED wg. Procedury LM80-15 wynoszącej 10 000 godzin”**. W reakcji na powyższe **Wykonawca przedłożył nowy dokument niezalączony do oferty ani nieobjęty wezwaniem Zamawiającego.**
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 ODEON s.c. Remigiusz Starobrat, Damian Imiela, 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
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.**

Zarzut b. Nieprawidłowe badanie ofert

21. 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 sprasowaniem z badania LM80-08 źródeł światła LED dla temperatury T 1. Ts (Tc) =55°C, 85°C oraz nie mniej niż*





- 105°C 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.**
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. T_s (T_c) =55°C, 85°C oraz 105°C, 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**”.
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).
24. **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.**
25. W ocenie Odwołującego opisanego 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.**
26. Ewentualnie w sytuacji, w której Izba nie podzieliłaby poglądu o zasadności odrzucenia oferty ODEON s.c. Remigiusz Starobrat, Damian Imiela, 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





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 przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego”,
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 TM21-11 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”.
29. 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 105°C dla 10000h w języku angielskim.
30. Jak wskazano w orzecznictwie KIO „Samodzielne uzupełnianie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., nieopowiedziane 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” (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 listopada 2017 r., sygn. KIO 2343/17, LEX nr 2415530)”

31. 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.**
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.**

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

33. 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 105°C dla 16000h w języku angielskim.** Powyższe wyjaśnienie uznane zostało przez zamawiającego za wystarczające, w sytuacji, w której dokonał on wyboru oferty ww. wykonawcy.
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. $T_s (T_c) = 55^\circ\text{C}, 85^\circ\text{C}$ oraz 105°C , wraz z prognozą”, **„Raport sporządzony w języku obcym jest składany wraz z tłumaczeniem na język polski:”**

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) prowadzioby 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).
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”.
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.

III. **Uzasadnienie wniosków**

38. Zgodnie z art. 192 ust. 2 PZP „Izba uwzględni 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”.
39. 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. Remigiusz Starobrat, Damian Imiela, ul. Łowicka 26 A, 44-105 Gliwice, jako sprzecznej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ);
- c) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert z pominięciem oferty ODEON s.c. Remigiusz Starobrat, Damian Imiela;

alternatywnie:

- d) unieważnienie czynności wyboru, badania i oceny ofert;
- e) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, w ramach których wykonawcy ODEON s.c. Remigiusz Starobrat, Damian Imiela odjęta zostanie całości 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. Remigiusz Starobrat, Damian Imiela, 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.

Mając na względzie powyższe, wnoszę jak na wstępie.

40. Wysokość wpisu w kwocie 15 000 tysięcy ustalono zgodnie z §1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenie 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).

Tomasz Siedlecki
radca prawny

Załączniki:

- 1) Pełnomocnictwo dla r.pr. Tomasza Siedleckiego;





Siedlecki

KANCELARIA PRAWNA

- 2) KRS Odwołującego;
- 3) Dowód uiszczenia opłaty od pełnomocnictwa;
- 4) Dowód opłaty wpisu od odwołania cz.1;
- 5) Dowód opłaty wpisu od odwołania cz.2;
- 6) Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;

Otrzymują:

- 1) Krajowa Izba Odwoławcza;
- 2) Zamawiający;
- 3) a/a.

