

Warszawa, 5 kwietnia 2020 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący: **Centrum Zaopatrzenia Energetyki**

ELTAST Sp. z o.o.

26- 600 Radom

ul. Toruńska 9

tel. (48) 360 83 44

fax. (48) 331 40 23

e-mail: sekretariat@eltast.pl

reprezentowana przez

radcę prawnego Małgorzatę Łyjak

z Kancelarii Radców Prawnych

„Centrum Zamówień Publicznych”

Niedziela, Łyjak i Wspólnicy s.c.

Al. Wojska Polskiego 41 lok. 41

01-503 Warszawa

tel. (22) 832 39 51

fax. (22) 832 39 50

e-mail: sekretariat@kczp.pl

Zamawiający: **Gmina Krasocin**

ul. Macierzy Szkolnej 1

29-105 Krasocin

tel. (41) 39-17-026

fax (41) 39-17-010

e-mail: gmina@krasocin.com.pl

jst@wechsler.pl

https://platformazakupowa.pl/pn/ug_krasocin

www.krasocin.com.pl

ODWOŁANIE

Zgodnie z art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej także „ustawa Pzp” lub „Pzp”, działając w imieniu Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu przy ul. Toruńskiej 9 (dalej: „Odwołujący”), wobec dokonania w dniu 27.03.2020 r. przez Zamawiającego – Gminę Krasocin wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy LUG Light Factory Sp. z o.o. w Zielonej Górze, wnoszę odwołanie od w/w, niezgodnej z przepisami ustawy Pzp, czynności Zamawiającego, wykonanej w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „Modernizację oświetlenia na terenie Gminy Krasocin” (RI.271.1.13.2019.MW).

Ogłoszenie o zamówieniu: Dz.U./S S229, 27/11/2019, 561563-2019-PL (sprostowanie: Dz.U./S S17, 24/01/2020, 36515-2020 PL).

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający swoim postępowaniem polegającym na wyborze oferty LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, uchybił następującym przepisom ustawy Pzp:

- 1) art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp - poprzez niezasadne i niezgodne z prawem dokonanie wyboru oferty LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, jako najkorzystniejszej;
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez niezasadne i niezgodne z prawem przyznanie ofercie LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze punktów w kryterium posiadania certyfikatu ENEC PLUS;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, mimo iż wykonawca ten, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, bowiem oferta wykonawcy LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze została wybrana jako najkorzystniejsza;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w związku z art. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, jako złożonej przez wykonawcę, który winien był zostać wykluczony z udziału w postępowaniu;
- 5) art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku z § 5 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r, poz. 1126 z późn. zm.) - poprzez zaniechanie wykluczenia LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, pomimo nieprzedstawienia wymaganej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla członków zarządu: Pawła Karłowskiego i Tomasza Makarskiego;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku z § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, mimo iż została złożona przez wykonawcę, który powinien zostać wykluczony z postępowania z uwagi na nieprzedstawienie wymaganej informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej posiadanie wymaganej wysokości środków finansowych lub zdolności kredytowej wykonawcy,
ewentualnie
- 7) art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku z § 2 ust. 2 pkt 3 oraz § 5 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została w dniu 27.03.2020 r. podana do wiadomości publicznej na stronie internetowej Zamawiającego pod adresem: https://platformazakupowa.pl/pn/ug_krasocin i w tym samym dniu przekazana na skrzynkę mailową Odwołującego.

W związku z powyższymi zarzutami wnoszę o nakazanie:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w odwołaniu;
- 3) wykluczenia LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze i odrzucenia jego oferty;
ewentualnie
- 4) wezwania LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, tj. spełnianie warunków udziału w zakresie wymaganej sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz brak podstaw do wykluczenia - informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp dotycząca Pawła Karłowskiego i Tomasza Makarskiego,
- 5) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej po wykonaniu powyższych czynności.

Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania, a poprzez to w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ważną ofertę. Odwołanie zmierza do zakwestionowania czynności Zamawiającego, jakimi był wybór oferty LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze. Zatem, w przypadku potwierdzenia się zarzutów Odwołującego, ma on szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę na skutek czynności Zamawiającego, w postaci utraty zysku zakładanego w ramach realizacji umowy podpisanej na skutek udzielenia przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp została zatem wypełniona.

UZASADNIENIE

W dniu 27.03.2020 r., po ponownym badaniu i oceny ofert, Zamawiający przekazał informację o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, która została złożona przez LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (dalej: LUG Light Factory). Powyższa decyzja Zamawiającego jest nieprawidłowa, co najmniej z powodów omówionych poniżej.

I.

LUG Light Factory nie jest ofertą najkorzystniejszą, zgodnie z kryteriami określonymi przez Zamawiającego w pkt 22.13 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Zamawiający określił pięć kryteriów oceny ofert, w tym cztery kryteria pozacenowe, tj.:

- 1) Cena brutto – waga 60% = 60 pkt
- 2) Dostarczenie Bezprzewodowego Systemu Sterowania Oświetleniem dla wszystkich 2087 szt. zainstalowanych opraw – waga 10% = 10 pkt
- 3) Moc zainstalowana wszystkich opraw oświetleniowych oferowanych przez Wykonawcę (suma mocy rzeczywistej wszystkich opraw bez uwzględnienia tzw. zmiennego profilu mocy, tj. redukcji mocy oprawy w cyklu 24h) – waga 10% = 10 pkt

- 4) Gwarancja – waga 10% = 10 pkt
- 5) Oprawy posiadające certyfikat ENEC PLUS – waga 10% = 10 pkt.

Najkorzystniejsza oferta, w odniesieniu do tych kryteriów, mogła uzyskać maksimum 100 punktów.

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający wskazał, że oferta LUG Light Factory otrzymała łącznie 90 punktów, w tym 60 punktów (maksymalna ilość) w kryterium „Cena” oraz 10 punktów (maksymalna ilość) w kryterium „Oprawy posiadające certyfikat ENEC PLUS”.

Odwołujący podnosi, że przyznanie ofercie LUG Light Factory punktów w kryterium „Oprawy posiadające certyfikat ENEC PLUS” było niezgodne z warunkami określonymi w SIWZ. W pkt 22.14 Zamawiający wskazał bowiem:

*Kryterium „**Oprawy posiadające certyfikat ENEC PLUS**” będzie rozpatrywane na podstawie deklaracji Wykonawcy umieszczonej w Formularzu ofertowym.*

*Jeżeli oferowane oprawy posiadają certyfikat ENEC PLUS Wykonawca otrzyma **10 punktów**.
Jeżeli oferowane oprawy uliczne nie posiadają certyfikatu ENEC PLUS Wykonawca otrzyma **0 punktów**.*

Przez certyfikat równoważny do ENEC PLUS Zamawiający rozumie również spełnienie warunku równoważnego polegającego na przeprowadzeniu przez niezależne akredytowane na terenie Unii Europejskiej laboratorium, badania, które potwierdzi zgodność z normami obowiązującymi na jej terenie, parametrów funkcjonalnych wyrobu tj. na przykład: skuteczność świetlna, rozsył światłości, prąd i napięcie zasilania, strumień świetlny, luminancja, maksymalna temperatura pracy, temperatura barwowa, wskaźnik oddawania barw, moc, zakres temperatur otoczenia.

Informację należy wskazać w formularzu ofertowym.

Wykonawca LUG Light Factory złożył w ofercie oświadczenie, że oferowane przez niego oprawy posiadają dokument równoważny do certyfikatu ENEC PLUS (s. 2 oferty), na potwierdzenie czego do oferty został załączony certyfikat z badań do Raportu nr BOS/0772/BE/20 dla oprawy oświetleniowej URBINO LED, wystawiony przez Laboratorium Badawcze Instytutu Badań i Rozwoju Motoryzacji BOSMAL Sp. z o.o. w Bielsku-Białej.

Powyższy certyfikat nie jest równoważny do certyfikatu ENEC PLUS. Zamawiający określił w SIWZ następujące wymogi dla certyfikatu równoważnego do ENEC PLUS, tj.:

- 1) badania muszą być przeprowadzone przez niezależne laboratorium akredytowane na terenie Unii Europejskiej,
- 2) badania muszą potwierdzić zgodność z normami obowiązującymi na terenie Unii Europejskiej,
- 3) certyfikat ma wykazać zgodność z normami UE parametrów funkcjonalnych, takie jak np.: skuteczność świetlna, rozsył światłości, prąd i napięcie zasilania, strumień świetlny, luminancja, maksymalna temperatura pracy, temperatura barwowa, wskaźnik oddawania barw, moc, zakres temperatur otoczenia.

Certyfikat, złożony wraz z ofertą LUG Light Factory, nie potwierdza, że BOSMAL jest niezależnym laboratorium akredytowanym na terenie Unii Europejskiej do przeprowadzania badań zgodności parametrów funkcjonalnych wyrobu z obowiązującą na terenie UE normą EN 62722. Jest to norma, według której winny być badane i potwierdzane parametry

funkcjonalne (eksploatacyjne, foto-elektryczne) opraw, co wynika wprost z Europejskiego Arkusza Wymagań - EPRS 003:

Zastosowanie normy EN 62722-2-1:2016 do przyznawania Znaku ENEC+ w ramach Europejskiego Systemu Certyfikacji (ECS)

[...]

Główna norma odniesienia zaktualizowana z IEC 62722-2-1: 2014 do EN 62722-2-1: 2016 w całym niniejszym dokumencie.

[...]

1 Wprowadzenie

W tym stałym dokumencie szczegółowo opisano zastosowanie normy EN 62722-2-1 w odniesieniu do specyfikacji wykorzystywanych przy przyznawaniu znaku ENEC+ dla opraw LED. Ze względu na bardzo szybki rozwój technologii LED i długie czasy testowania określone dla niektórych wymagań normy EN 62722-2-1, niniejsze PD określa odchylenia od dokładnych warunków testowania. Ma to na celu praktyczne zastosowanie specyfikacji certyfikacji strony trzeciej w ramach znaku ENEC+. Niniejszy dokument określa szczegółowo warianty testów i certyfikacji, które można zastosować. Zalecane zmiany są uzasadnione na tej podstawie, że zastosowaniu normy EN 62722-2-1 do certyfikacji ENEC+ zawsze towarzyszy system ciągłej kontroli jakości stosowany przez producenta i nadzorowany przez CB. Ten PD będzie poddawany przeglądowi, ponieważ lepiej rozwinięte zostaną znormalizowane techniki przyspieszania i ekstrapolacji danych z testów wydajności LED.

[...]

4 Tekst informacji o wymaganiach licencyjnych

W licencji ENEC + należy podać następujące informacje o wymaganiach.

EPRS 003:2018-05

Oparty na EN 62722-2-1: 2016

Norma EN 62722-2-1:2016 (polska wersja PN-EN 62722-2-1:2016-07), która jest najważniejszą wytyczną przy certyfikacji na znak ENEC PLUS, określa wymagania eksploatacyjne dla opraw oświetleniowych LED oraz metody badań i warunki niezbędne do wykazania zgodności z tą normą. Powyższa norma ma zastosowanie do opraw LED, przeznaczonych do ogólnych celów oświetleniowych. Norma EN 62722, albo jej polska wersja PN-EN 62722, umieszczana jest na certyfikatach ENEC PLUS, czego przykładem są certyfikaty ENEC PLUS dla opraw firmy THORN i PHILIPS, załączone do niniejszego odwołania. Certyfikaty te, prócz przywołania normy IEC 62722, stosowanej do badania opraw, zawierają także wyniki badań poszczególnych parametrów – podawane są wartości badanych parametrów, a nie tylko same parametry.

Wobec tego, certyfikat równoważny do certyfikatu ENEC PLUS musi potwierdzać przeprowadzenie badania na podstawie normy IEC 62722, musi wskazywać badane parametry oraz osiągnięte wyniki. W przeciwnym wypadku certyfikat nie jest certyfikatem równoważnym do certyfikatu ENEC PLUS.

W certyfikacie z badań do raportu nr BOS/0772/BE/20, laboratorium badawcze nie posiada akredytacji do badania wyrobów oświetleniowych według kryteriów i w zgodzie z europejską normą PN-EN 62722-2-1, co wyraźnie wynika z certyfikatu (dopisek przy indeksie pierwszym). Opisany w certyfikacie zakres badań – sprawdzenie charakterystyk funkcjonalnych (właściwości fotometryczne i elektryczne) oprawy oświetleniowej LED na

zgodność z PN-EN 62722-1-1 oraz metody badań wg PN-EN 13032, PN EN 60598-1, nie był objęty zakresem akredytacji. Oznacza to, że laboratorium badawcze, wykonujące badanie w zakresie określonym w certyfikacie, nie zostało poddane audytowi potwierdzającemu rzetelność wykonywania tego typu badań. Brak akredytacji nie potwierdza również legalizacji urządzeń pomiarowych wykorzystanych do przeprowadzenia badania.

Ponadto certyfikat z badań do raportu nr BOS/0772/BE/20 ogólnie potwierdza parametry takie jak: skuteczność świetlna, rozsył światłości, prąd i napięcie zasilania, moc, maksymalna temperatura pracy, strumień świetlny, temperatura barwowa, wskaźnik oddawania barw. Certyfikat ten nie zawiera potwierdzenia wielu innych parametrów opraw, które znajdują się w certyfikatach ENEC PLUS, np.:

- zestawienie stosowanych zasilaczy,
- zestawienie stosowanych modułów LED,
- prąd znamionowy dla poszczególnych modułów LED,
- temperaturę otoczenia dla warunków optymalnej pracy oprawy,
- klasę ochronności przed porażeniem elektrycznym,
- klasę odporności udarowej IK,
- klasę szczelności IP.

Z uwagi na to, iż certyfikat z badań do raportu nr BOS/0772/BE/20 ma być dokumentem równoważnym do certyfikatu ENEC PLUS, jako dowód równoważności powinna być również przedstawiona metodyka przeprowadzonych badań, wykaz urządzeń pomiarowych wraz z potwierdzeniem ich legalizacji, warunki przeprowadzania badań oraz szczegółowe wartości wynikowe testu dla wszystkich, wykazanych w raporcie z badań parametrów. Certyfikat ENEC PLUS podaje wartości parametrów funkcjonalnych mocy wejściowej (W), strumienia świetlnego (lm), temperatury barwowej (CCT), wskaźnika oddawania barw (CRI), skuteczności świetlnej (lm/W), prądu (A), napięcia (V) itp. Certyfikat z badań do Raportu nr BOS/0772/BE/20 wskazuje tylko zmierzone parametry bez podania ich wartości. To oznacza, że te wartości opierają się wyłącznie na deklaracji producenta, a nie są potwierdzone za pomocą certyfikatu.

Istotnym jest także to, że certyfikat z badań do raportu nr BOS/0772/BE/20 potwierdza przebadanie tylko jednej oprawy producenta LUG Light Factory, podczas gdy w ramach przedmiotu zamówienia dostarczonych ma być 2087 sztuk opraw. Zamawiający przyznając punkty za posiadanie certyfikatu ENEC PLUS, gratyfikuje w ten sposób otrzymanie gwarancji, że wszystkie dostarczone oprawy będą posiadały nie gorsze parametry od oprawy przebadanej w akredytowanym laboratorium. Taką pewność daje tylko posiadanie certyfikatu ENEC PLUS, bowiem narzuca on konieczność badania procesu produkcji opraw poprzez podmiot certyfikujący, w szczególności poprzez:

- inspekcje przedstawicieli podmiotu certyfikującego w miejscu produkcji opraw,
- badanie próbek opraw pobieranych z produkcji,
- weryfikację procesów kontroli jakości produktów w fabryce, a także ciągłą kontrolę utrzymania parametrów produkowanych opraw, których dotyczy certyfikat ENEC PLUS,
- ciągłą kontrolę jakości losowo wybranych opraw w czasie produkcji w zakresie certyfikatu ENEC PLUS i ich parametrów w zakresie zgodności z parametrami wynikającymi z certyfikatu.

Przedstawiony przez LUG Light Factory certyfikat z badań do raportu nr BOS/0772/BE/20 ogranicza się tylko do jednej oprawy i nie daje pewności Zamawiającemu, że pozostałe jego oprawy będą posiadały nie gorsze parametry, niż ta jedna, która została

przebadana. Także wzięty pod uwagę brak wykonywania powyższych czynności sprawdzających przez laboratorium przesądza o tym, że certyfikat z badań do raportu nr BOS/0772/BE/20 nie może być uznany jako równoważny do certyfikatu ENEC PLUS. Nadmienić przy tym należy, że rodzaj zastosowanego modułu LED, czy też zasilacza, ma decydujące znaczenie dla parametrów fotometrycznych oprawy. Brak zestawienia zastosowanych modułów LED oraz zasilaczy, w objętych badaniami oprawach, będzie powodował, że Zamawiający nie będzie miał pewności, że dostarczone oprawy będą posiadały parametry fotometryczne takie, jakie wykonawca deklarował w swojej ofercie.

Istotne dla wiarygodności certyfikatu przedstawionego przez LUG Light Factory jest także to, że certyfikat ten nie jest podpisany przez upoważnioną osobę laboratorium, bądź kierownika tego laboratorium – nie jest przez nikogo podpisany. ENEC PLUS jest certyfikatem jawnym, jego numer jest zamieszczony na stronie www.enec.com, co daje możliwość jego weryfikacji. Certyfikatu z badań do Raportu nr BOS/0772/BE/20 nie można znaleźć w żadnym rejestrze, co może budzić wątpliwości jego autentyczności.

Na marginesie omawianego zarzutu należy zauważyć, że zgodnie z literalnym brzmieniem pkt 22.13 i pkt 22.14 SIWZ, Zamawiający winien przyznać 10 punktów w kryterium „Oprawy posiadające certyfikat ENEC PLUS”, jedynie w przypadku posiadania certyfikatu ENEC PLUS, a w przypadku posiadania certyfikatu równoważnego do ENEC PLUS oraz w przypadku braku certyfikatu ENEC PLUS – 0 punktów.

Wobec powyższego oferta LUG Light Factory w sposób nieuprawniony otrzymała 10 punktów w kryterium „Oprawy posiadające certyfikat ENEC PLUS”, bowiem wykonawca ten nie przedstawił certyfikatu ENEC PLUS ani certyfikatu równoważnego do niego. Poza tym, z językowej wykładni przepisów SIWZ wynika, że nawet w przypadku przedstawienia przez wykonawcę certyfikatu równoważnego do certyfikatu ENEC PLUS, jego oferta powinna otrzymać 0 punktów.

II.

Wobec okoliczności wskazanych powyżej, stwierdzić należy, iż złożenie przez LUG Light Factory oświadczenia, że oferowane oprawy posiadają dokument równoważny do certyfikatu ENEC PLUS, jak również załączenie do oferty certyfikatu z badań do Raportu nr BOS/0772/BE/20 dla oprawy oświetleniowej URBINO LED na potwierdzenie tego oświadczenia, stanowi przesłankę do wykluczenia LUG Light Factory na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, bowiem wykonawca ten, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, bowiem oferta wykonawcy LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze nie zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, gdyby nie przyznano ofercie 10 punktów w kryterium „Oprawy posiadające certyfikat ENEC PLUS”. Gdyby Zamawiający nie został wprowadzony w błąd przez wykonawcę, oferta LUG Light Factory nie uzyskałaby łącznie największej ilości punktów.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wymaga zatem spełnienia trzech przesłanek:

- 1) przedstawione przez wykonawcę informację muszą być informacjami wprowadzającymi zamawiającego w błąd,
- 2) są to informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego,
- 3) przedstawienie informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

Niewątpliwie złożenie w ofercie oświadczenia o posiadaniu certyfikatu równoważnego do certyfikatu ENEC PLUS stanowiło informację, która wprowadziła w błąd Zamawiającego - Zamawiający na tej podstawie przyznał ofercie LUG Light Factory 10 punktów w kryterium „Oprawy posiadające certyfikat ENEC PLUS”. Gdyby nie był w błędzie nie przyznałby punktów i nie wybrał oferty LUG Light Factory jako najkorzystniejszej. Należy zaznaczyć, że Zamawiający, w przypadku tego kryterium, wymagał oświadczenia wykonawcy.

Informacja o posiadaniu certyfikatu równoważnego do certyfikatu ENEC PLUS, to informacja mogąca mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.02.2018 r., KIO 185/18, *Interpretując art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie można w pierwszej kolejności nie dostrzec, że "istotność" odniesiono nie do decyzji zamawiającego, ale do wpływu informacji (pkt 17 nie brzmi przecież "wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć wpływ na istotne decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia"). W ocenie składu orzekającego Izby brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie uzasadnia także twierdzenia, że wprowadzające w błąd informacje muszą wywoływać wpływ na decyzje zamawiającego. Wystarczającym jest, aby zaistniała potencjalna możliwość takiego wpływu, o czym świadczy użycie wyrazu "mogące", który taką możliwość, a nie skutek wyraża (pkt 17 nie brzmi "wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, które miały lub mogły mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia"). "Założeniem przepisu jest zapewne wyeliminowanie przypadków, kiedy niezamierzone działanie wykonawcy może zagrażać podejmowaniu właściwych decyzji przez zamawiającego, w szczególności w stosunku do tego wykonawcy." (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. J. Pieróg, Warszawa 2017, komentarz do art. 24).*

W niniejszym postępowaniu nie ulega wątpliwości, że informacja o posiadaniu przez LUG Light Factory certyfikatu równoważnego do certyfikatu ENEC PLUS, miała wpływ na decyzję Zamawiającego, bowiem ofercie tego wykonawcy zostały przyznane punkty w kryterium „Oprawy posiadające certyfikat ENEC PLUS”.

Ziściła się także przesłanka lekkomyślności bądź niedbalstwa. Niedbalstwo jest nieumyślnym stopniem winy, polegającym na niezachowaniu należytej staranności. Lekkomyślność zaś to forma winy nieumyślnej (świadoma wina nieumyślna), polegająca na tym, iż sprawca przewiduje możliwość popełnienia czynu zabronionego, ale bezpodstawnie przypuszcza, że popełnienia tego czynu uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności. Wykonawca LUG Light Factory złożył w ofercie oświadczenie o posiadaniu certyfikatu równoważnego do certyfikatu ENEC PLUS, poparte załączonym dokumentem wystawionym przez Laboratorium Badawcze Instytutu Badań i Rozwoju Motoryzacji BOSMAL Sp. z o.o. w Bielsku-Białej. LUG Light Factory winien był zweryfikować, czy powyższe laboratorium posiada wymaganą akredytację do wykonywania badań potwierdzających zgodność

z normami obowiązującymi na terenie Unii Europejskiej. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13.08.2019 r., sygn. akt KIO 1478/19 stwierdziła:

Niejednokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się na temat przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp stwierdzając, że "od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu. Staranność ta obejmuje weryfikację informacji przedstawionych zamawiającemu, a pochodzących od podmiotów trzecich, w tym osób, na których potencjał wykonawca się powołuje wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Weryfikacja ta powinna nastąpić przed przedstawieniem danej informacji zamawiającemu (wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 929/19).

Wobec powyższego wypełnione zostały wszystkie przesłanki do wykluczenia LUG Light Factory z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, a tym samym do odrzucenia jęgo oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

III.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ:

9.2 O udzielenie zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy złożą z ofertą oświadczenie o

- a) spełnieniu warunków udziału w postępowaniu
- b) braku podstaw wykluczenia

9.3 Oświadczenia o którym mowa w pkt. 9.2) należy złożyć w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej „**jednolitym dokumentem lub JEDZ**”).

[...]

9.4 Opis warunków podmiotowych i sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz braku podstaw do wykluczenia

9.4.3 sytuacji ekonomicznej lub finansowej

Na potwierdzenie należy złożyć:

a) informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert Wykonawca potwierdzi spełnienie warunku jeżeli wykaże że posiada nie mniej niż 1 000 000,00 PLN środków lub zdolność kredytową w tej samej wysokości.

[...]

9.4.4 braku podstaw wykluczenia.

W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, Wykonawca złoży oświadczenie o braku podstaw wykluczenia (JEDZ) oraz przedłoży na wezwanie Zamawiającego następujące dokumenty i oświadczenia;

a) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

[...]

10 Warunki wykluczające z udziału w postępowaniu.

Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawców w przypadku nie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt. 9.4. oraz w przypadku nie wykazania braku podstaw do wykluczenia określonego w pkt. 9.4.4 – 9.4.6

Zamawiający prowadzi postępowanie według procedury określonej w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp (tzw. procedura odwrócona). Termin składania ofert został ostatecznie wyznaczony na dzień 13.02.2020 r. Wykonawcy zobowiązani byli do złożenia w JEDZ oświadczenia o spełnianiu warunków udziału oraz o braku podstaw do wykluczenia,

a następnie, na wezwanie Zamawiającego, do przedłożenia dokumentów potwierdzających powyższe. W dniu 9.03.2020 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, wezwał wykonawcę LUG Light Factory do przedłożenia w terminie do 20.03.2020 r., do godz. 10.00, dokumentów, m.in. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp oraz informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. LUG Light Factory, przy piśmie z 13.03.2020 r., złożył m.in. informację z KRK z dnia 12.09.2019 r. dotyczącą członka zarządu Pawła Karłowskiego (s. 17), informację z KRK z dnia 12.09.2019 r. dotyczącą członka zarządu Tomasza Makarskiego (s. 18) oraz zaświadczenie banku Santander Bank Polska S.A z dnia 12.03.2020 r. o posiadaniu przez LUG Light Factory na dzień 30.01.2020 r. środków finansowych w wysokości powyżej 1 mln. zł (s. 42).

Powyższe dokumenty nie odpowiadają wymogom określonym w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych oraz rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie § 5 pkt 1 powyższego rozporządzenia, informacja z KRK winna być wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Natomiast, zgodnie § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia, informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej winna potwierdzać wysokość posiadanych środków lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert. Należy też jednocześnie wskazać, że zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp, zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wzywa wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej, do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przedstawione zaświadczenia z KRK dla Pawła Karłowskiego i Tomasza Makarskiego, w dniu składania ofert nie były starsze niż 6 miesięcy. Jednak w dniu 13.03.2020 r., gdy dokumenty te były przedłożone Zamawiającemu, były już starsze niż 6 miesięcy. Również przedłożone zaświadczenie banku, datowane na 12.03.2020 r., potwierdzające posiadanie wymaganej wysokości środków finansowych na dzień 30.01.2020 r., w dniu składania ofert miało aktualność wymaganą przepisami, a w dniu złożenia tego zaświadczenia Zamawiającemu, już nie.

W tym zakresie należy zwrócić uwagę, że problem aktualności dokumentów i oświadczeń składanych przez wykonawców w procedurze odwróconej był już przedmiotem rozważań Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 19.12.2016 r., sygn. akt KIO 2249/16, Izba stwierdziła:

[...] Izba stanęła na stanowisku, że błędne jest rozumowanie zasadzające się na tym, iż wykonawca zobowiązany jest legitymować się posiadaniem dokumentów według stanu obowiązującego w dniu składania ofert. Posługiwanie się tego rodzaju argumentacją stanowi zaprzeczenie idei nowelizacji, która opiera się na tym, że w przypadku zastosowania procedury odwróconej, wykonawca na etapie składania ofert składa jedynie oświadczenie, które stanowi wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że powyższe oświadczenie winno potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia wykonawcy najpóźniej na dzień składania ofert.

Dopiero gdy oferta danego wykonawcy zostanie uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejsza to wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, oparte o treść art. 26 Pzp, jest zobowiązany do przedłożenia dokumentów, z tym zastrzeżeniem, że mają one być aktualne na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów. Z powyższego wypływa oczywisty wniosek, że ustawodawca zmienił zasady postępowania w tym zakresie, przez

odstąpienie od żądania w toku postępowania (a zatem w praktyce nawet kilka miesięcy po terminie składania ofert) dokumentów aktualnych na dzień składania ofert.

Powyższe znajduje swoje uzasadnienie w brzmieniu art. 26 ust. 2f ustawy, który stanowi, że jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów.

Wobec powyższego, przedłożone przez LUG Light Factory zaświadczenia z KRK dla Pawła Karłowskiego i Tomasza Makarskiego oraz zaświadczenie banku o wysokości posiadanych środków finansowych, nie odpowiadają obowiązującym przepisom, tj. § 2 ust. 2 pkt 3 i § 5 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w związku z art. 26 ust. 1 Pzp, co stanowi przesłankę do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp w związku z § 5 pkt 1 w/w rozporządzenia oraz na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z § 2 ust. 2 pkt 3 powyższego rozporządzenia. W tym ostatnim przypadku jest to także podstawa do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia.

Ponieważ Zamawiający, w przypadku powyższych zakwestionowanych dokumentów, nie wzywał wykonawcy LUG Light Factory do złożenia lub uzupełnienia dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, Odwołujący przedstawił żądanie ewentualne odnoszące się do nakazania Zamawiającemu wezwania LUG Light Factory do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, tj. spełnianie warunków udziału w zakresie wymaganej sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz brak podstaw do wykluczenia – w odniesieniu do informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp, dla Pawła Karłowskiego i Tomasza Makarskiego.

Mając na uwadze powyższe, odwołanie jest zasadne i wnoszę o jego uwzględnienie w całości.

Małgorzata Łyjak
radca prawny

W załączeniu:

- 1) pełnomocnictwo z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
- 2) odpis KRS Odwołującego,
- 3) dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
- 4) dowód przekazania Zamawiającemu kopii odwołania,
- 5) oferta LUG Light Factory, s.1-3, 23,
- 6) EPRS 003 wraz tłumaczeniem na jęz. Polski,
- 7) Certyfikat ENEC PLUS nr 251-001 dla THORN wraz z tłumaczeniem na jęz. polski,
- 8) Certyfikat ENEC PLUS nr 0018/ENEC+/19 dla PHILIPS wraz z tłumaczeniem na jęz. polski,
- 9) wezwanie do złożenia dokumentów z 9.03.2020 r.
- 10) pismo LUG Light Factory z 13.03.2020 r. z załącznikami na s.17, 18, 42