

WYROK
z dnia 10 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie **9 listopada 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego

23 października 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Modernizacja oświetlenia ulicznego w Gminie Chęciny* (nr postępowania IX.271.7.2017.PN)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Chęciny**

przy udziale wykonawcy: **Electronic Control Systems S.A z siedzibą w Balicach** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Chęciny: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu oraz uwzględnienie tej oferty przy powtórnym wyborze najkorzystniejszej oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Chęciny i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu,**

2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Chęciny na rzecz odwołującego Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579.) 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

Zamawiający Gmina Chęciny prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579.) {dalej również:

„ustawa pzp”, „ppzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pn. *Modernizacja oświetlenia ulicznego w Gminie Chęciny* (nr postępowania IX.271.7.2017.PN).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 12 lipca 2017 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S_131 pod poz. 267596.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

12 października 2017 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu : Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu {dalej również:

„Eltast”} zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty, a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Electronic Control Systems S.A. z siedzibą w Balicach {dalej również: „ECS”}.

23 października 2017 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp

{lista zarzutów}:

1. Art. 7 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 82 ust. 3 – przez niezasadne i niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego, mimo iż odpowiada ona specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „SIWZ” „s.i.w.z.” lub „specyfikacja”}.

3. Art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez odrzucenie oferty bez wcześniejszego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia jej treści w zakresie zarzuconych niezgodności z SIWZ.

4.Art. 92 ust. 1 pkt 3 – przez brak precyzyjnego wskazania powodów odrzucenia oferty Odwołującego oraz ich uzasadnienia faktycznego i prawnego.

5.Art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 – przez dokonanie wyboru wykonawcy Electronic Control Systems S.A. w Balicach niezgodnie z przepisami ustawy pzp, gdyż jego oferta nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty

2.Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.

3.Ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Według relacji Odwołującego Zamawiający uzasadniając odrzucenie wskazał, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż karty katalogowe zaoferowanych opraw oświetleniowych nie potwierdzają parametrów technicznych określonych w załączniku nr 10 do SIWZ – Projekt budowlany, pkt 6.3. Specyfikacje dotyczące opraw oświetleniowych. Po analizie kart katalogowych przedłożonych przez Odwołującego Zamawiający wywnioskował, że zaproponowane oprawy:

1)nie posiadają wymaganego systemu odcinania napięcia,

2)nie są wyposażone w filtr wyrównujący ciśnienie lub rozwiązanie równoważne,

3)strumień świetlny w porównaniu z tolerancją tego strumienia dla dolnego zakresu nie spełnia wymagań minimalnego strumienia świetlnego określonego w dokumentacji przetargowej, w tym dla: dróg gminnych – 5656 lm, dróg powiatowych – 7860 lm, dróg wojewódzkich –11600 lm, dróg krajowych –13600 lm.

Odwołujący zakwestionował każdą z podanych podstaw faktycznych odrzucenia jako bezzasadną.

ad 1) system odcinania napięcia Odwołujący zrelacjonował

następujące okoliczności:

–według pkt 6.3 lit. j) specyfikacji opraw oświetleniowych: „oprawy mają być wyposażona w system odcinania napięcia i blokadę w momencie otwarcia oprawy”;

–z przedłożonych przez Odwołującego kart katalogowych wszystkich oferowanych opraw oświetleniowych wynika {zapis w brzmieniu: „Rozłącznik nożowy [KC] Tak [-]”}, że posiadają one rozłącznik nożowy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że nie podał na jakiej podstawie doszedł do wniosku, że zaoferowane oprawy nie posiadają wymaganego systemu odcinania napięcia.

Dodatkowo Odwołujący odnośnie spełniania tego parametru powołał się na załączone do odwołania zdjęcia oprawy BGP761 LED63/740 II DM12 DGR (nr 1-3) oraz oświadczenie producenta oferowanych opraw oświetleniowych.

ad 2) filtr wyrównujący ciśnienie lub rozwiązanie równoważne Odwołujący zrelacjonował

następujące okoliczności:

–według pkt 6.3 lit. g) specyfikacji opraw oświetleniowych: „oprawy muszą legitymować się stopniem ochrony przed wnikaniem pyłu i wody nie mniejszym niż IP66, uszczelnione aby uniemożliwić kondensowanie pary wodnej i penetrację insektów, oprawy wyposażone w filtr wyrównujący ciśnienie lub równoważne rozwiązanie”;

–Zamawiający zakwestionował spełnianie wymagania w części odnoszącej się do wyposażenia opraw w filtr wyrównujący ciśnienie lub rozwiązanie równoważne;

–we wszystkich przedłożonych przez Odwołującego kartach katalogowych oferowanych opraw oświetleniowych wskazane zostało, że posiadają one system wyrównujący ciśnienie, zapobiegający kondensacji pary wodnej {zapis w brzmieniu: „Czujnik termiczny na panelu LED TAK [-]”}.

Odwołujący wyjaśnił, że kondensacja pary wodnej ma miejsce w przypadkach, gdy w komorze lampy LED występuje wysoka temperatura w stosunku do temperatury otoczenia na zewnątrz. Różnica tych temperatur w momencie wyłączenia zasilania oprawy powoduje powstawanie podciśnienia prowadzącego do powstania kondensacji pary wodnej.

Zdaniem Odwołującego stawiając wymóg posiadania filtra wyrównującego ciśnienie Zamawiający opisał rozwiązanie właściwe dla opraw LED jednokomorowych, w których znajduje się jednocześnie panel LED oraz układ elektryczny, a obszerność takiej komory powoduje, że zawiera ona znacznie więcej powietrza, co wymusza zastosowanie filtra wyrównującego ciśnienie. Według Odwołującego oprawą referencyjną dla Zamawiającego była

oprawa Challenge.

Według Odwołującego rozwiązanie zastosowane w zaoferowanych oprawach rozwiązanie jest równoważne dla filtra wyrównującego ciśnienie.

Po pierwsze – sama konstrukcja oprawy zbudowanej z korpusu wykonanego z wysokociśnieniowego odlew aluminium charakteryzuje się bardzo wysoką skutecznością odprowadzania ciepła i tym samym przyczynia się do znacznego obniżenia temperatury w komorze LED. Dodatkowo zastosowane w panelu LED diody LED charakteryzują się

niskim współczynnikiem emisji ciepła, co ma kluczowe znaczenie przy występowaniu zjawiska kondensacji pary wodnej wewnątrz oprawy.

Pod drugie – komora z panelem LED opraw BGP 761 i BGP 762 charakteryzuje się grubością poniżej 3 cm, co oznacza, że zawiera bardzo znikomą ilość powietrza, a ciśnienie, jakie może pojawić się w tej komorze, ma znikomą wartość. Dodatkowo panel LED jest monitorowany czujnikiem temperatury – w przypadku wzrostu temperatury układ elektroniczny obniża moc świecenia, nie pozwalając na wzrost temperatury powyżej wartości nominalnej.

Po trzecie – oprawa posiada oddzielną komorę z panelem LED oraz oddzielną komorę z układem elektrycznym, a dzięki otworowi pomiędzy nimi następuje wyrównanie ciśnień w obu komorach, a tym samym obniżenie ciśnienia w komorze LED zapobiega zjawisku kondensacji pary wodnej.

Dodatkowo Odwołujący odnośnie spełniania tego parametru powołał się na załączone do odwołania oświadczenie producenta oferowanych opraw oświetleniowych.

ad 3) strumień świetlny Odwołujący zrelacjonował

następujące okoliczności:

–w pkt 6 specyfikacji opraw oświetleniowych opisano ogólne założenia dla wykonania modernizacji, w szczególności w zakresie doboru mocy opraw (pkt 6.1) podano:

Obliczenia parametrów oświetleniowych wykonano za pomocą programu DIALUX.

Do obliczeń projektu modernizacji oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Chęciny wykorzystano oprawy z ledowymi źródłami światła o strumieniach świetlnych:

–dla dróg gminnych przyjęto oprawy o mocy 44 W i strumieniu świetlnym 5650 lm

–dla dróg powiatowych przyjęto oprawy o mocy 60 W i strumieniu świetlnym 7860 lm

–dla dróg wojewódzkich przyjęto oprawy o mocy 88 W i strumieniu świetlnym 11600 lm

–dla dróg krajowych przyjęto oprawy o mocy 103 W i strumieniu świetlnym 13600 lm

Jeżeli ulice nieutwardzone przebiegają na terenie zabudowanym lub przenoszą ruch pieszy, ze względów bezpieczeństwa publicznego powinny być oświetlone.

Dobór mocy opraw uwzględnia montaż nowych opraw oświetleniowych na każdym słupie, na którym obecnie istnieje oprawa oświetleniowa, o następujących mocach 44 W, 60 W, 88 W i 103 W z godnie z tabelą nr 1.

–złożone Zamawiającemu karty katalogowe wykazują strumień świetlny opraw na wymaganym poziomie, tj.: 1) drogi gminne – 5670 lm, 2) drogi powiatowe – 7875 lm, 3) drogi wojewódzkie – 11610 lm, 4) drogi krajowe – 13680 lm.

Odwołujący wskazał, że ... na ... etapie produkcji przygotowywane są ... oprawy charakteryzujące się strumieniem świetlnym nie niższym niż wskazany w kartach. Na etapie produkcji dla każdej oprawy dokonuje się pomiarów, a na ich podstawie producent wskazuje moc oprawy oraz wartość strumienia świetlnego na tabliczce znamionowej wewnątrz oprawy

–Odwołujący powołał się na załączone do odwołania zdjęcia opraw: BGP761 (nr 3), BGP204 (nr 4) oraz BSP794 (nr 5). Z kart katalogowych w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że istnieje możliwość wyprodukowania oprawy, która spełni wymogi założone przez Zamawiającego. Odwołujący podsumował, że wobec tego ma możliwość zamówienia u producenta opraw o wymaganym w SIWZ strumieniu świetlnym, co będzie potwierdzone tabliczką znamionową.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że karty katalogowe opraw Challenge zaoferowanych przez wybranego wykonawcę, także zawierają informacje ogólne o wyrobie, a na etapie produkcji przygotowywane są oprawy o parametrach nie niższych niż możliwe do osiągnięcia a wskazane w karcie katalogowej. Jako przykład podał zawartą w opisie technicznym możliwość izolacji oprawy w klasie I albo w klasie II, co oznacza, że wykonawca ma możliwość zamówienia opraw o klasie izolacji wymaganej przez Zamawiającego, co zostanie potwierdzone tabliczką znamionową na wyprodukowanej oprawie.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Odwołujący podał, że 26 października 2017 r. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w celu wykazania zgodności z wymaganiami SIWZ, żądając na ich potwierdzenie złożenia kart katalogowych. Po ich analizie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powyżej przytoczonym uzasadnieniem.

Zdaniem Odwołującego karty katalogowe zaproponowanych oprav oświetleniowych zawierają informacje niezbędne do oceny jego oferty jako zgodnej z SIWZ. Jednakże jeżeli Zamawiający miał wątpliwości, miał możliwość wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp.

O tym, że Zamawiający miał wątpliwości według Odwołującego świadczy fakt, że w prowadzonym postępowaniu, w którym zastosowano art. 24aa pzp {tzw. procedura odwrócona, w której w pierwszej kolejności dokonuje oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uplasowała się na najwyższej pozycji rankingowej), dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne, a następnie żąda przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 pzp}, Odwołujący wpierw został wezwany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 pzp, czyli Zamawiający ocenił pierwotnie jego ofertę jako niepodlegającą odrzuceniu, a dopiero po złożeniu dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału (pkt 6 SIWZ) oraz brak podstaw do wykluczenia (pkt 7 SIWZ), Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty i zażądał złożenia kart katalogowych oferowanych oprav.

Zamawiający poinformował Izbę, że 24 października 2017 r. przesał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

26 października 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Electronic Control Systems S.A. z siedzibą w Balicach przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp), Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności powyższego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

W złożonej na posiedzeniu pisemnej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie, podobnie jak Przystępujący w swoim piśmie, które również złożył na posiedzeniu.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której podtrzymano dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, która mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą wg kryteriów oceny ofert. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie oferty uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia:

Zrelacjonowane powyżej za odwołaniem okoliczności faktyczne dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treści kart katalogowych, które Odwołujący złożył na żądanie Zamawiającego w ramach wyjaśnień treści oferty z , odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy.

Zamawiający przyznał na rozprawie, że przyjął interpretację kart katalogowych, według której użycie słowa „TAK” przy parametrach dotyczących występowania rozłącznika nożowego oraz systemu wyrównującego ciśnienie wewnątrz oprawy zapobiegającego kondensacji pary wodnej nie ma znaczenia potwierdzenia, gdyż po nim w nawiasie kwadratowym znalazł się znak „-”. Jak to stwierdzono dosłownie w wewnętrznym dokumencie z 9 października 2017 r. dotyczącym oceny ofert, „z załączonej karty wynika że znak w opisie [-] określa że oprawa nie posiada cech zapisu przetargu (...)”

Izba stwierdziła, że w karcie katalogowej oznaczenie [-] jest konsekwentnie używane, gdy poprzedzająca treść nie wymaga dalszego uszczegółowienia, z czym nie stoi w sprzeczności fakt, że w kilku przypadkach w nawiasie kwadratowym zamiast uszczegółowienia powtórzono informację podaną przed nawiasem. W szczególności brak

podstaw, aby uznać, że jest to „minus”, a nie „półpauza”, a tym bardziej, że jest to „minus”, który miałby uchylać wprost wyrażone słowem „tak” potwierdzenie. Ustalenia poczynione przez Zamawiającego nie odwołują się do wskazań wiedzy technicznej, a ignorują podstawowe reguły znaczeniowe języka polskiego.

W toku rozprawy Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów ani nawet twierdzeń, które podważałyby wynikające z kart katalogowych potwierdzenie, że oferowane przez Odwołującego oprawy oświetleniowe spełniają parametry wypunktowane w lit. g) oraz

j) pkt 6.3 specyfikacji opraw oświetleniowych zawartej w projekcie budowlanym (stanowiącym załącznik nr 10 do s.i.w.z.). W szczególności Zamawiający nie polemizował z zawartymi w odwołaniu twierdzeniami co do równoważności opisanego tam systemu wyrównującego ciśnienie wewnątrz oprawy zapobiegającego kondensacji pary wodnej w stosunku do filtra wyrównującego ciśnienie. Z tego względu zgłoszone w tym zakresie przez Odwołującego w odwołaniu i na rozprawie (ekspertyza Instytutu Elektroenergetyki Politechniki Łódzkiej) okazały się zbędne.

Odnosnie mocy strumienia świetlnego Izba stwierdziła, co następuje.

W przeciwieństwie do powyżej omówionych, a także pozostałych parametrów wypunktowanych jako elementy stricte specyfikacji technicznej opraw oświetleniowych, przytoczony powyżej za odwołaniem fragment został zamieszczony w ramach prezentacji założonych, na podstawie dokonanych w konkretnym programie komputerowym obliczeń, parametrów oświetleniowych, które będą właściwe dla poszczególnych kategorii dróg. Dokonany w ten sposób dobór mocy opraw z jednej strony dotyczy założeń całościowej modernizacji oświetlenia ulicznego, z drugiej strony zupełnie abstrahuje od kwestii dopuszczalnej tolerancji parametrów w przypadku pojedynczych opraw oświetleniowych, z których składa się system oświetlenia drogi.

Z ogólnodostępnej wiedzy wynika, że nie sposób wymagać, aby wszystkie oprawy cechowały się identycznymi parametrami strumienia świetlnego, gdyż w praktyce pomiędzy poszczególnymi egzemplarzami opraw tego samego typu występują odstępstwa w stosunku do nominalnej wartości (tzw. tolerancja strumienia świetlnego).

W tych okolicznościach zadeklarowana w kartach katalogowych przez producenta opraw oświetleniowych zaoferowanych przez Odwołującego tolerancja w granicach +/- 7,5% w stosunku do zadeklarowanych parametrów nominalnych strumienia świetlnego, które przekraczają wartości minimalne założone na podstawie obliczeń projektanta, należy uznać za dopuszczalną, gdyż nie stoi na przeszkodzie wykonaniu modernizacji systemu oświetlenia zgodnie z założeniami projektowymi.

Większe wątpliwości Zamawiającego powinien wzbudzić fakt, że producent opraw oświetleniowych zaoferowanych przez Przystępującego w ogóle nie wskazuje tolerancji deklarowanego nominalnego strumienia świetlnego.

Zamawiający nie wziął również pod uwagę, że z czasem następuje wypalanie diod LED, stąd znaczenie ma również wymaganie utrzymania strumienia świetlnego (wg nomenklatury użytej w lit. f) pkt 6.3. „trwałość oprawy”) określone na poziomie 100 tys. godzin L80B10 przy 25°C {czyli, że przez 100 tys. h strumień świetlny emitowany przez nie więcej niż 10% populacji użytych opraw LED spadnie poniżej deklarowanego 80% progu jego wartości początkowej}. Z kart katalogowych dotyczących opraw zaoferowanych przez Odwołującego wynika, że cechują się one większą niż wymagana trwałością strumienia świetlnego w takim okresie czasu (L90B10). Natomiast na podstawie kart katalogowych dotyczących opraw zaoferowanych przez Przystępującego nie sposób stwierdzić, czy spełniają one wymagany parametr, gdyż zadeklarowano w nich dwa warianty, z których żaden nie został zaprezentowany według powyższy sposób, a wskazywane wartości procentowe są co najwyżej równe wymaganym, jednak po mniejszym niż wymagany upływie czasu.

Reasumując, analiza złożonych przez Odwołującego kart katalogowych wskazuje na ich zgodność z opisem przedmiotu zamówienia w odniesieniu do parametrów zakwestionowanych przez Zamawiającego.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliuguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 pzp), która ma zawierać

w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności (art. 18 pkt 4 z przepisów przejściowych ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy pzp), a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z.. gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por.

J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.

Wobec powyżej poczynionych ustaleń Izba zważyła, że Zamawiający bezpodstawnie stwierdził niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią specyfikacji, a w konsekwencji bezprawnie odrzucił tę ofertę i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Przystępującego.

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego w oparciu o arbitralną i zupełnie dowolną interpretację kart katalogowych, zaniechał poprzedzenia tej definitywnej czynności umożliwieniem Odwołującemu złożenia wyjaśnień.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący:.....