

Sygn. akt: KIO 2603/18

WYROK
z dnia 3 stycznia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2018 r. przez wykonawcę Elektro - Spark Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie, Oddział Rzeszów

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Elektro - Spark Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego Elektro - Spark Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie na rzecz zamawiającego PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie, Oddział Rzeszów kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2603/18

Uzasadnienie

Zamawiający PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie, w imieniu i na rzecz której działa Oddział Rzeszów, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pn. „Dostawa opraw oświetlenia drogowego dla potrzeb PGE Dystrybucja S.A. Oddział Rzeszów” (nr postępowania 229/RZ/PS/A2018). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 września 2018 r. pod numerem 2018/S 173-393585. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 19 grudnia 2018 r. wykonawca Elektro - Spark Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec nieodrzużenia oferty wykonawcy LUG Light Factory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze (dalej „LUG”), pomimo, że oferta LUG jest sprzeczna z treścią SIWZ i podlega odrzuceniu oraz zaproszenia LUG do aukcji elektronicznej, a z ostrożności – w przypadku, gdyby pomimo wniesienia odwołania aukcja elektroniczna zaplanowana na dzień 20 grudnia 2018 r. została jednak przeprowadzona – także na czynność przeprowadzenia aukcji elektronicznej z udziałem wykonawcy LUG, którego oferta podlega odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy LUG, pomimo tego, że oferta ta jest niezgodna z ustawą, bowiem jej treść została zmieniona po terminie składania ofert, zaś oferta złożona w pierwotnej treści nie odpowiada treści SIWZ;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy LUG, pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ i jako taka podlega odrzuceniu;
3. art. 91a ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 91b ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej

wykonawcy LUG, pomimo, iż jego oferta podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp oraz z ostrożności - gdyby pomimo wniesienia odwołania w dniu 19 grudnia 2018 r., aukcja elektroniczna zaplanowana na dzień 20 grudnia 2018 r. została jednak przeprowadzona, także poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej z udziałem wykonawcy LUG, którego oferta podlega odrzuceniu;

4.art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1.wezwanie Zamawiającego do przedstawienia na rozprawie wszelkich próbek przekazanych przez LUG w ramach postępowania, w celu przeprowadzenia dowodu z oględzin;
- 2.uwzględnienie odwołania w całości;
- 3.nakazanie unieważnienia wyników aukcji w przypadku, gdyby pomimo wniesienia odwołania aukcja zaplanowana na dzień 20 grudnia 2018 r. została przeprowadzona;
- 4.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, gdyby aukcja zaplanowana na dzień 20 grudnia 2018 r. nie została przeprowadzona;
- 5.nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny ofert wykonawców, a w konsekwencji odrzucenie oferty LUG i zaproszenia do aukcji elektronicznej wyłącznie tych wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu, w tym Odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, gdyż złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu i ma realną szansę na uzyskanie zamówienia. Jednocześnie zaniechanie Zamawiającego polegające na braku odrzucenia oferty LUG naraża Odwołującego na możliwość poniesienia szkody, w sytuacji gdy oferta LUG nie zostanie przez Zamawiającego odrzucona, wykonawca ten w toku aukcji elektronicznej złoży ofertę z najniższą ceną, a oferta Odwołującego będzie druga w kolejności i w związku z tym Odwołujący nie uzyska zamówienia, chociaż powinien, gdyby oferta LUG została odrzucona, a wykonawca ten nie zostałby dopuszczony do udziału w aukcji elektronicznej. Odwołujący podniósł, iż rozstrzygnięcie odwołania poprzez jego uwzględnienie, spowoduje prawidłowe przeprowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w trybie konkurencyjnym i zapewnienie traktowania równego oraz zgodnego z przepisami ustawy Pzp wszystkim wykonawcom zdolnym wykonać zamówienie, w tym Odwołującego.

Odwołujący nakreślając stan faktyczny wskazał, iż Zamawiający w postanowieniu zawartym w Załączniku nr 1 do SIWZ OPZ pkt 1 ppkt. 3n) wymaga, aby dostarczone oprawy drogowe LED miały beznarzędziowy dostęp do komory osprzętu elektrycznego oraz w ppkt. 3o) - możliwość beznarzędziowej wymiany zasilacza. Następnie w odpowiedzi na pytania wykonawców: czy Zamawiający odstąpi od wymagań określonych w Załączniku nr 1 do SIWZ OPZ pkt 1 ppkt. 3n) i o) oraz czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie śrub motylkowych jako rozwiązania równoważnego dla beznarzędziowego dostępu do komory osprzętu elektrycznego oraz beznarzędziowej wymiany zasilacza, Zamawiający w sposób jasny i precyzyjny odpowiedział odpowiednio, że Zamawiający utrzymuje zapisy zawarte w Załączniku nr 1 do SIWZ OPZ pkt 1 ppkt. 3n i o) oraz, że Zamawiający nie dopuszcza zastosowania śrub motylkowych.

Odwołujący podniósł, iż pomimo określonych powyżej wymagań w SIWZ wykonawca LUG złożył ofertę, w której zaoferował oprawy oświetlenia drogowego LED, które nie posiadają możliwości beznarzędziowej wymiany zasilacza przez zastosowanie klasycznych śrub, których odkręcenie wymaga zastosowania narzędzi i które zostały wyposażone w śruby motylkowe. Powyższe cechy zaoferowanych przez LUG opraw potwierdzają załączone do oferty wzory opraw. Odwołujący wskazał, iż w związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 09 listopada 2018 r. wezwał LUG do „sprecyzowania sposobu beznarzędziowej wymiany zasilacza oraz beznarzędziowego dostępu do komory osprzętu elektrycznego. Użyte śruby motylkowe nie zostały dopuszczone przez Zamawiającego jako rozwiązania równoważne (Informacja nr 3 do SIWZ z dnia 26.09.2018 r.).” W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca LUG wyjaśnił, że oprawa posiada możliwość beznarzędziowej wymiany zasilacza za pomocą opcjonalnie stosowanych śrub radełkowanych M4, a także oświadczył, że w celu beznarzędziowego dostępu do komory osprzętu elektrycznego nie zastosowano śruby motylkowej. Na potwierdzenie powyższego LUG powołał się na wybiórcze zdjęcia z Internetu oraz nieobowiązującą już normę dotyczącą śruby skrzydełkowej.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający bezpodstawnie uznał przedstawione wyjaśnienia dotyczące zastosowania śrub motylkowych oraz radełkowanych pomimo, że wyjaśnienia te nie znajdują potwierdzenia w przedstawionych Zamawiającemu próbkach opraw oświetlenia drogowego, umożliwiające beznarzędziową wymianę zasilacza i sposób dostępu do komory osprzętu elektrycznego. W konsekwencji powyższego Zamawiający nie odrzucił oferty wykonawcy LUG oraz zaprosił tegoż wykonawcę do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej. Odwołujący wskazał, iż w odwołaniu dowodzi, iż po pierwsze Zamawiający bezpodstawnie wezwał wykonawcę LUG do złożenia nowej próbki opraw oświetlenia drogowego, w wyniku powyższego wykonawca LUG w sposób nieuprawniony zmienił ofertę po upływie terminu składania ofert, po drugie wykonawca LUG w oferowanych oprawach oświetlenia drogowego używa śrub motylkowych, co nie

zostało dopuszczone przez Zamawiającego jako rozwiązanie równoważne, a po trzecie wykonawca LUG złożył ofertę niezgodną z wymogami SIWZ dotyczącymi beznarzędziowego dostępu do komory osprzętu elektrycznego oraz możliwości wymiany zasilacza.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1) i 2) w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, iż zgodnie z pkt. 12.5.3.1. SIWZ Zamawiający żądał, aby w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ, wykonawca złożył wraz z ofertą: próbki, opisy, fotografie, plany, projekty, modele, zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, certyfikaty etc. Wykonawca LUG załączył wraz z ofertą próbki opraw oświetlenia drogowego. Z oględzin ww. próbek, zdaniem Odwołującego, wynika, że nie jest możliwa beznarzędziowa wymiana zasilacza. Przedstawiona próbka posiada klasyczne śruby, których odkręcenie wymaga zastosowania narzędzi. Jako dowód Odwołujący wskazał na pismo wykonawcy KWANT D.K. Spółka Jawna wraz z załączonymi zdjęciami przedłożonych przez LUG próbek opraw oświetlenia drogowego (oryginał w aktach postępowania). Odwołujący stwierdził, iż wykonawca LUG zaoferował oprawy, które nie zapewniają beznarzędziowej wymiany zasilacza – oferta ww. wykonawcy jako niezgodna z wymogami wskazanymi w Załączniku nr 1 do SIWZ OPZ pkt 1 ppkt. 3n) powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający zaniechał powyższego i pismem z dnia 21 listopada 2018 r. zażądał nowej próbki opraw oświetlenia drogowego, umożliwiające beznarzędziową wymianę zasilacza. Tym samym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający przesądził, że przedstawiona przez wykonawcę próbka oprawy oświetlenia drogowego nie umożliwia beznarzędziowej wymiany zasilacza. Zamawiający stwierdził, iż przedstawione próbki wymagają dla wymiany zasilacza użycia narzędzi. W odpowiedzi na powyższe pismo wykonawca LUG załączył nowe próbki opraw oświetlenia drogowego, umożliwiające beznarzędziową wymianę zasilacza.

Powyższe działanie, zdaniem Odwołującego, oznacza w świetle orzeczenia TSUE z dnia 11 maja 2017 r., zapadłego w sprawie sygn. akt C-131/16 niezgodne z przepisami ustawy Pzp złożenie nowej oferty przez wykonawcę LUG. W powyżej wskazanym wyroku Trybunał zakwestionował możliwość złożenia nowel próbki na potwierdzenie wymagań określonych przez Zamawiającego, w sytuacji gdy pierwotnie złożona próbka wskazuje, że oferta wykonawcy nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego. Powyższy wyrok, zdaniem Odwołującego, zasługuje na uwagę przede wszystkim z tego powodu, że zapadł na gruncie stanu faktycznego bardzo podobnego do tego, jaki zaistniał w niniejszej sprawie. Zamawiający w toku postępowania, na kanwie którego zapadł wyrok, wymagał od wykonawcy przedłożenia wraz z ofertą dwóch rodzajów materiałów, mianowicie: zapisanej na trwałym nośniku zeskanowanej odbitki dokumentu przygotowanego przez zamawiającego (poddanej edycji w sposób szczegółowo opisany w SIWZ) oraz próbki mikrofilmu zawierającego naświetlony wynik pracy przedstawionej do oceny w kryterium jakości (we wskazanych przez zamawiającego formatach). W ramach tego postępowania wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia po upływie terminu składania ofert, działając bez wezwania zamawiającego samodzielnie uzupełnili próbkę, wskazując, że pierwotnie złożony egzemplarz próbki został dołączony do oferty omyłkowo. Konsorcjanci wskazywali na niezamierzony błąd polegający na załączeniu do oferty innej, gorszej jakości próbki, o czym konsorcjanci powzięli wiedzę po analizie dokumentów ofertowych udostępnionych przez zamawiającego. Mimo to zamawiający uznał takie samodzielne uzupełnieni próbki i przeprowadził badanie tejże próbki. Zamawiający jednak, z ostrożności, przeprowadził też badanie pierwszej próbki mikrofilmu, która w ocenie konsorcjantów została przedłożona omyłkowo. W wyniku przeprowadzonych badań obydwu próbek, zamawiający odrzucił ofertę konsorcjantów stwierdzając, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ. Na gruncie tego stanu faktycznego KIO powzięła wątpliwości dotyczące przede wszystkim tego, czy zamawiający może wezwać wykonawcę do uzupełnienia wymaganej w treści SIWZ próbki w sytuacji, gdy takie uzupełnieni może doprowadzić do zmiany treści oferty tegoż wykonawcy. Przede wszystkim chodziło o ustalenie, czy zasada równego traktowania wykonawców stanowi przeszkodę do wezwania wykonawcy do uzupełnienia wymaganych w treści SIWZ próbek, w sytuacji, gdy tenże wykonawca nie przedłożył, w terminie składania ofert, tych próbek, bądź też gdy przedłożone próbki dotknięte były błędami.

Wobec tak zaistniałych wątpliwości KIO zawiesiła postępowanie odwoławcze, a następnie wystąpiła do TSUE z pytaniem prejudycjalnym: „Czy art. 10 [dyrektywy 2004/17] można interpretować w ten sposób, że zamawiający może być zobowiązany do wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie (tj. terminie wyznaczonym na złożenie ofert) nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (które to pojęcie obejmuje także próbki przedmiotu zamówienia) albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty zawierające błędy do złożenia brakujących lub korygujących błędy oświadczeń lub dokumentów (próbek) w wyznaczonym dodatkowym terminie bez ustanowienia zakazu, zgodnie z którym uzupełnione oświadczenia lub dokumenty (próbki) nie mogą zmieniać treści oferty?” W odpowiedzi na powyższe TSUE wskazał, że celem zasady

równego traktowania wykonawców jest wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie publiczne. Zastosowania tejsze zasady w praktyce, polega w szczególności na zapewnieniu wszystkim wykonawcom równych szans w zakresie formułowania treści ofert, a co za tym idzie na zapewnieniu, aby oferty wszystkich wykonawców podlegały tym samym warunkom. Dlatego też zasada równego traktowania stanowi przeszkodę dla ewentualnego negocjowania treści oferty pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, w związku z czym co do zasady, oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy zamawiającego, ani z inicjatywy wykonawcy. TSUE sformułował także kilka warunków, których przestrzeganie ma zapewnić, że nie dojdzie do zmiany treści oferty, w tym m.in. że żądanie wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez wykonawcę nowej oferty. W konsekwencji takiej wykładni TSUE wskazał, że KIO powinna ustalić czy w okolicznościach sprawy dokonana przez konsorcjantów zamiana próbek nadal mieściła się w granicach sprostowania oczywistej pomyłki w ich ofercie.

Przekładając powyższe na stan przedmiotowej sprawy Odwołujący wywiódł, że w momencie, w którym Zamawiający stwierdził, po dokonaniu oględzin przedłożonych próbek, że oprawa zaoferowana przez LUG wymaga narzędzia, celem wymiany zasilacza - co bezspornie wynika z załączonych zdjęć, winien od razu odrzucić ofertę i nie mógł wezwać wykonawcy do złożenia wyjaśnień oferty, skoro nie spełniała ona wymogów SIWZ. Następnie na skutek odpowiedzi LUG Zamawiający, po porównaniu nowych próbek z pierwotnie złożonymi, winien uznać, iż doszło do niedopuszczalnej zmiany treści oferty. LUG pierwotnie bowiem zaoferował oprawę, która celem wymiany zasilacza wymagała użycia narzędzia, zaś nowe próbki posiadają śruby radełkowane, które nie wymagają użycia narzędzia, chociaż nadal w ocenie Odwołującego są niezgodne z wymogami Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie dopuszczając stosowania śrub motylkowych wskazał, że żadne mocowanie, zasilacza lub pokrywy oprawy, za pomocą śrub nie jest dopuszczalne. Rozwiązania beznarzędziowe stosowane w budowie opraw oświetleniowych polegają na wykorzystaniu m. in. klamer lub klipsów zapewniających powtarzalny i zgodny ze specyfikacją produktu docisk elementów. Wykorzystanie śrub, m. in. motylkowych lub radełkowanych, których siła docisku ręcznego nie pozwala na bezpieczne mocowanie elementów oprawy nie jest akceptowalne ze względów bezpieczeństwa. Wibracje na które narażone są w szczególności oprawy uliczne i potencjalne błędy wynikających z nieuważnej eksploatacji mogą spowodować powstanie sytuacji niebezpiecznych lub uszkodzenie oprawy.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, iż jak wskazał sam Zamawiający w piśmie z dnia 9 listopada 2018 roku, użyte w oferowanych oprawach w celu beznarzędziowego dostępu do komory osprzętu elektrycznego, śruby motylkowe nie zostały dopuszczone przez Zamawiającego jako rozwiązania równoważne. W szczególności, w ocenie Odwołującego, nie można zgodzić się z wyjaśnieniami LUG, że zaproponowane rozwiązanie w celu zapewnienie beznarzędziowego dostępu do komory osprzętu elektrycznego nie jest śrubą motylkową. Słownik języka polskiego PWN definiuje nakrętkę motylkową, skrzydełkową jako nakrętkę mającą jedno lub dwa ramiona, które służą do przykręcania jej ręką bez użycia kluczy. Tym samym przez śrubę motylkową należy rozumieć śrubę mającą jedno lub dwa ramiona, które służą do przykręcania jej ręką bez użycia kluczy. Powyższa definicja jest powszechnie stosowana w nomenklaturze. Tak samo w powszechnej nomenklaturze pojęcie śruby motylkowej jak i śruby skrzydełkowej używane są zamiennie. Oba pojęcia traktowane są jako synonimy, co wskazuje również LUG w swoim wyjaśnieniu. W tym miejscu Odwołujący wskazał, że powołana w wyjaśnieniach przez LUG norma PN-64/M- 82436 DIN dla śruby skrzydełkowej została wycofana. Także zastępują ją norma PN- M-82436 została wycofana i to już w roku 2015.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący nie zgadza się z wykonawcą LUG, że obecnie obowiązuje norma, która w sposób ścisły określałaby kształt oraz formę śrub motylkowych. Obecnie powszechnie uznaje się, że śruba mająca jedno lub dwa ramiona, które służą do przykręcania jej ręką bez użycia kluczy, jest śrubą typu motylkowego i zgodnie z precyzyjnym stanowiskiem Zamawiającego jest niedopuszczalna. Ponadto Odwołujący wskazał, że wykonawca LUG w sposób wybiórczy przedstawił przykładowe śruby motylkowe, które celowo wizerunkowo odbiegają od tych wskazanych w ofercie. Jednakże należy wskazać, że zarówno przykładowe zdjęcia śrub motylkowych wskazane w wyjaśnieniach, jak i te używane w oferowanych przez LUG oprawach mają identyczną cechę, jaką są dwa ramiona, które służą do przykręcania jej ręką bez użycia kluczy. Nie jest zatem istotne to, w jaki sposób daną śrubę nazwiemy, a to, jakie ona posiada funkcje. W dobie rozwiniętego wzornictwa przemysłowego śruby motylkowe mogą przybierać różne formy i mimo nieznormalizowanych kształtów dalej uznawane powszechnie będą za śruby motylkowe ze względu na spełnianą funkcję. Następnie Odwołujący przedstawił zdjęcie innych rodzajów śrub motylkowych, jakie pojawiają się w Internecie, po wpisaniu w popularną wyszukiwarkę www.google.com frazy „śruba motylkowa”. Ponadto w instrukcji do zaoferowanych przez wykonawcę LUG opraw pokazane są na schemacie śruby motylkowe, które łudząco przypominają i umownie symbolizują śruby motylkowe przedstawione na ww. zdjęciu.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego, należy uznać, że wykonawca LUG zaoferował oprawy,

których komory osprzętu elektrycznego otwierane są za pomocą śrub motylkowych. Ponadto wskazał, że wykonawca LUG nie udowodnił czy zaoferowane przez niego rozwiązanie polegające na posłużeniu się śrubą motylkową z plastikowym elementem posiada te same parametry techniczne, co rozwiązanie standardowe oparte na śrubach dokręcanych za pomocą narzędzi o określonej sile, w szczególności, czy zaoferowane rozwiązanie zapewnia, że: szczelność oprawy wynosi IP66 (LUG nie podał siły z jaką należy dociskać pokrywę i uszczelkę w celu zapewnienia szczelności oprawy); zaoferowana śruba nie pęknie podczas testu IK, który wymaga wykonania testu uderowego w najsłabszym potencjalnie miejscu, a plastikowa śruba jest takim miejscem; zewnętrzny element plastikowy znajdujący się w zaoferowanej śrubie przechodzić tzw. test „glow wire test” na plastik min 650 stopni C; plastik znajdujący się w zaoferowanej śrubie jest odporny na promieniowanie UV w całym okresie trwałości produktu. Powyższe parametry powinny zostać potwierdzone testami przeprowadzanymi przez niezależne laboratorium wydające licencję ENEC, która również była wymagana przez Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że złożona wraz z ofertą licencja ENEC jest niekompletna, gdyż nie zawiera szczegółowych załączników opisujących jednoznacznie badany produkt (w tym badaną wersję produktu) oraz wyniki przeprowadzonych testów. Z tych względów Zamawiający w niniejszym postępowaniu wymagał, by wykonawca nie oferował opraw, które posiadają śrub motylkowych.

Odwołujący podkreślił, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż niezgodność treści oferty ma dotyczyć wymagań merytorycznych, które zostały określone w SIWZ (tak Izba m.in. w wyroku z dnia 16 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 206/18). Opisana powyżej niezgodność pomiędzy treścią oferty wykonawcy LUG a treścią SIWZ ma taki właśnie charakter, tj. dotyczy wymagań merytorycznych, wprost wynikających z jednoznacznych w swej treści, wiążących wykonawców wymogów SIWZ.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 91a ust. 1 w zw. z art. 91b ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy LUG, Odwołujący wskazał, iż zarzut ten stanowi konsekwencję wskazanych we wcześniejszej części uzasadnienia naruszeń przepisów ustawy Pzp polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy LUG, która jest niezgodna z wymogami SIWZ oraz ustawą Pzp.

Zdaniem Odwołującego, mając na uwadze stwierdzone naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia niezgodnej z ustawą i z SIWZ oferty, należy uznać, iż doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1 tej ustawy. Niewątpliwie sytuacja, w której zamawiający na równi traktuje oferty, które winny zostać odrzucone, jak i oferty sporządzone w sposób prawidłowy, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 ustawy. W szczególności fakt, że Zamawiający w Informacji nr 3 do SIWZ z dnia 26 września 2018 r. jednoznacznie wskazał, że nie będzie dopuszczał użycia śrub motylkowych tj. śrub które mają jedno lub dwa ramiona, które służą do przykręcania jej ręką bez użycia kluczy których siła docisku ręcznego nie pozwala na bezpieczne mocowanie elementów oprawy, a następnie uznanie przez Zamawiającego, że oprawy z zastosowanymi śrubami motylkowymi i radełkowanymi stanowi jaskrawy przejaw nierównego traktowania wykonawców. W tym miejscu Odwołujący podniósł, iż w ramach swojej profesjonalnej działalności prowadzi hurtownię elektryczną mając do dyspozycji całą ofertę rynkową opraw oświetleniowych i gdyby traktował wymaganie beznarzędziowości w sposób wybiórczy, czyli tak jak potraktował je wykonawca LUG, to mógł skorzystać z dowolnych znacznie tańszych opraw i „dostosować” ją we własnym zakresie do wymagań. Mimo to oferta Odwołującego została przygotowana zgodnie z wymogami SIWZ, w tym zgodnie z Informacją nr 3 do SIWZ z dnia 26 września 2018 roku, z zastosowaniem produktu droższego, ale zapewniającego beznarzędziowość, która wymagana jest w Załączniku nr 1 do SIWZ OPZ pkt 1 ppkt. 3n) i o).

Zamawiający na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 2 stycznia 2019 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa w postępowaniu.

Zamawiający wskazał na wstępie, iż zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy Pzp zarzut musi być postawiony wyraźnie, to znaczy wskazywać konkretną czynność Zamawiającego mającą zdaniem Odwołującego naruszać przepis prawa i określić sposób jego naruszenia, gdyż po upływie terminu na wniesienie odwołania nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie jak i ani doprecyzowywać treści zarzutów odwołania.

Następnie, odnosząc się do okoliczności faktycznych, zwrócił uwagę, iż wykonawca LUG w kartach katalogowych (załącznik nr 4 str. 15 i 18 oferty) wskazał na beznarzędziowy dostęp do komory osprzętu. W świetle powyższego, Zamawiający powziął wątpliwość, czy użyte przez wykonawcę LUG sformułowanie dotyczy wyłącznie beznarzędziowego dostępu do komory osprzętu elektrycznego (pkt 1 ppkt 3n OPZ), czy również oznacza

beznarzędziowy dostęp (a zatem wymianę) zasilacza znajdującego się w komorze osprzętu (pkt 1 ppkt 3o OPZ). Zamawiający pismem z dnia 9 listopada 2018 r. wezwał LUG do sprecyzowania sposobu beznarzędziowej wymiany zasilacza. Pismem z dnia 13 listopada 2018 r. wykonawca LUG wyjaśnił wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie. Z uwagi na fakt, iż dokumenty przedmiotowe w postaci próbek dostarczonych przez wykonawcę LUG nie wskazywały na możliwość beznarzędziowej wymiany zasilacza, Zamawiający pismem z dnia 21 listopada 2018 r. wezwał wykonawcę LUG do przedłożenia stosownych próbek mając na uwadze, że brak w pierwotnej próbce śrub radełkowych stanowi omyłkę – przypadkowy błąd. Zamawiający wskazał także, że w przedmiotowym postępowaniu wszyscy wykonawcy wzywani byli do wyjaśnień w zakresie złożonych przez nich ofert, zaś Odwołujący również do złożenia próbek oświetlenia drogowego wobec ich nie załączenia do oferty.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 odwołania, Zamawiający podniósł, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego w analizowanej sprawie nie doszło do zmiany treści oferty, zaś Zamawiający był nie tylko uprawniony, co zobowiązany do wezwania wykonawcy LUG do złożenia próbki oprawy wskazującej na możliwość beznarzędziowej wymiany zasilacza. Jak już Zamawiający wskazał wcześniej, wykonawca LUG w kartach katalogowych wskazał na beznarzędziowy dostęp do komory osprzętu, w świetle czego Zamawiający powziął wątpliwość, czy użyte przez wykonawcę LUG sformułowanie dotyczy wyłącznie beznarzędziowego dostępu do komory osprzętu elektrycznego, czy również oznacza beznarzędziowy dostęp (a zatem wymianę) zasilacza znajdującego się w komorze osprzętu. Po wyjaśnieniach LUG, Zamawiający wezwał wykonawcę do przedłożenia odpowiedniej próbki oprawy mając na uwadze, że załączona pierwotnie próbka omyłkowo nie zawierała śrub radełkowych. Zdaniem Zamawiającego oczekiwanie w takiej sytuacji odrzucenia oferty LUG bez wezwania do złożenia wyjaśnień i w konsekwencji do uzupełnienia próbek byłoby sprzeczne z ustawą Pzp. Przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w każdym przypadku powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do treści oferty, Zamawiający jest zobowiązany do ich wyjaśnienia. Stosując najdalej idącą sankcję względem oferty wykonawcy, Zamawiający musi mieć pewność, że ofertowany przedmiot zamówienia nie odpowiada wymogom określonym w SIWZ. Zamawiający przed odrzuceniem oferty wykonawcy winien ją wszechstronnie zbadać, tak by usunąć wszelkie sprzeczności czy rozbieżności wynikające z jej treści (w tym zakresie Zamawiający powołał się na wyrok KIO z dnia 17 maja 2018 r., sygn. akt KIO 815/18, a także wyroki KIO z 5 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZF 1443/09, z dnia 27 maja 2011 r., sygn. akt KIO 1013/11, z dnia 15 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 214/13).

Zdaniem Zamawiającego na podstawie tak ukształtowanego stanu faktycznego, nie można w sposób jednoznaczny stwierdzić, że zaoferowane przez LUG oprawy (w zakresie beznarzędziowej wymiany zasilacza) są sprzeczne z SIWZ. Zamawiający był zobowiązany do przeprowadzenia odpowiedniego postępowania wyjaśniającego, co uczynił. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wykonawca LUG przedstawił pismo z dnia 13 listopada 2018 r., w którym wskazał na możliwość beznarzędziowej wymiany zasilacza. Wyjaśnienia treści oferty stanowią oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą. Zamawiający może odrzucić w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ofertę tylko wówczas, gdyby udzielone wyjaśnienia w jakikolwiek sposób świadczyły o niezgodności samej oferty z treścią SIWZ. Wyjaśnienia wykonawcy mogą co najwyżej potwierdzać ewentualną sprzeczność oferty SIWZ, nie mogą zaś samodzielnie stanowić podstawy do odrzucenia oferty (tak m.in. wyrok KIO z 22 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZF 860/09; KIO/UZF 925/09). Z uwagi na powyższe, Zamawiający wezwał wykonawcę LUG w dniu 21 listopada 2018 r. do przedłożenia próbek opraw wskazujących na możliwość beznarzędziowej wymiany zasilacza.

Zamawiający podkreślił, iż stosownie do art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający może żądać oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ. Przykładowy katalog tzw. „dokumentów przedmiotowych”, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, został określony w § 13 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy opraw oświetlenia drogowego odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w treści SIWZ, Zamawiający może żądać więc np. przedłożenia próbek oferowanych towarów. Wymóg przedłożenia przez wykonawców stosownych próbek opraw oświetlenia drogowego został również postawiony w niniejszym postępowaniu (por. pkt 12.5.3.1 SIWZ). Zamawiający w SIWZ kategorycznie przesądził zatem, że próbka nie stanowi treści oferty, a jedynie potwierdzenie, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania.

W odniesieniu do wymaganych przez Zamawiającego próbek, możliwość ich uzupełnienia stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zależy od charakteru próbki. W ocenie Zamawiającego w sytuacji, w której próbka stanowić będzie, zgodnie z intencją zamawiającego wyrażoną w SIWZ, treść oferty - zaś to może mieć miejsce co do zasady jedynie w przypadku, gdy ocena próbki bezpośrednio przekłada się na ocenę oferty w ramach innych niż cena kryteriów oceny ofert - uzupełnienie próbki należy uznać za niedopuszczalne. Powyższe ewentualne wezwanie o uzupełnienie próbki, w takim przypadku służyłoby usunięciu stwierdzonej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i dawałoby wykonawcy możliwość

wplywu na ocenę jakości oferowanego świadczenia po terminie składania ofert i po zapoznaniu się z zawartością ofert konkurencyjnych (w tym zakresie Zamawiający powołał się na wyroki KIO z 20 marca 2015 r., KIO 426/15 z 7 lipca 2015 r., KIO 1309/15, z 1 września 2015 r., KIO 1937/15). Tymczasem w sytuacji z jaką mamy do czynienia w okolicznościach sprawy, próbka przez Zamawiającego traktowana była jako dokument potwierdzający, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego (por. art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). W takim zaś przypadku podstawową rolą złożonej próbki jest umożliwienie Zamawiającemu skonfrontowania postawionych przedmiotowi zamówienia wymagań z opisanymi w SIWZ właściwościami, a zatem próbka stanowić będzie dokument przedmiotowy, o którym mowa w § 13 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia i wówczas podlegać będzie uzupełnieniu zgodnie z procedurą określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego, jeżeli jedynym kryterium oceny ofert (jak to ma miejsce w postępowaniu) jest cena, zaś przedłożona próbka nie ma jakiegokolwiek znaczenia z punktu widzenia oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w kryterium jakościowym (z uwagi na brak takiego kryterium), to Zamawiający był uprawniony, a nawet zobowiązany do wezwania wykonawcy LUG do przedłożenia próbki (jako dokumentu przedmiotowego w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, mając w szczególności na uwadze wyjaśnienia LUG zawarte w piśmie z dnia 13 listopada 2018 r.

Następnie Zamawiający podniósł, iż przytoczone w odwołaniu orzeczenie TSUE C- 131/16, zostało nieprawidłowo zinterpretowane przez Odwołującego. Wbrew intencjom Odwołującego, potwierdza ono jedynie naprowadzone powyżej argumenty Zamawiającego, przemawiające za możliwością uzupełnienia próbki wykonawcy LUG. Zasadę równego traktowania wykonawców zapisaną w art. 10 dyrektywy 2004/17 należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, aby w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca wezwała oferent do dostarczenia wymaganych oświadczeń lub dokumentów, których nie dostarczono w terminie składania ofert. Artykuł ten nie wyklucza natomiast wezwania oferenta do wyjaśnienia oferty lub prostowania oczywistej omyłki w tej ofercie, pod warunkiem jednak że wezwanie takie zostanie skierowane do wszystkich oferentów znajdujących się w tej samej sytuacji, a wszyscy oferenci będą traktowani równo i lojalnie i że tego wyjaśnienia lub sprostowania nie będzie można zrównać z przedstawieniem nowej oferty. Nawet zatem w przypadku przyjęcia, że próbka stanowi treść oferty (pomimo, że Zamawiający nie traktował tak złożonej próbki i nie taka była jego intencja), istniała możliwość jej uzupełnienia, albowiem po uzyskanych przez Zamawiającego wyjaśnieniach LUG w piśmie z dnia 13 listopada 2018 r. brak w pierwotnej próbce śrub radełkowych umożliwiających beznarzędziową wymianę zasilacza należy traktować jako oczywistą omyłkę - przypadkowy niezamierzony błąd podlegający poprawieniu i uzupełnieniu ora niezmienną istotnie treści oferty. W tym miejscu Zamawiający ponownie podkreślił, że Odwołujący wraz z ofertą nie przedłożył żadnych próbek pomimo wymogów Zamawiającego tym zakresie i również w stosunku do Odwołującego Zamawiający zastosował procedurę przewidzianą w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz wezwał Elektro-Spark do złożenia próbek opraw. Idąc tropem rozumowania Odwołującego, również jego oferta podlegałaby odrzuceniu stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, a zatem Odwołujący nie ma interesu prawnego we wniesieniu odwołania.

Zamawiający podniósł ponadto, iż wbrew twierdzeniom zawartym w uzasadnieniu zarzutu nr 1 odwołania, Zamawiający nie dopuszczając do stosowania śrub motylkowych nie wskazywał, że żadne mocowanie pokrywy oprawy lub zasilacza za pomocą śrub nie jest dopuszczalne, albowiem Zamawiający wykluczył w tym względzie wyłącznie śrubę motylkową. Jeżeli odwołujący miał jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie, winien zawrzeć w pytaniach do Zamawiającego lub względnie w odwołaniu na treść SIWZ

Odnosząc się do zarzutu nr 2 odwołania, Zamawiający podkreślił, iż w informacji nr 3 z dnia 26 września 2018 r. wskazał, że nie dopuszcza stosowania śrub motylkowych, jako rozwiązań równoważnych dla beznarzędziowego dostępu do komory osprzętu elektrycznego oraz beznarzędziowej wymiany zasilacza. Zamawiający po przeanalizowaniu dokumentacji złożonej w sprawie oraz wyjaśnień uznał, że wykonawca LUG nie zastosował śrub motylkowych. Zamawiający wskazał, że w obowiązującym stanie prawnym brak jest tak przepisów, jak i obowiązujących norm technicznych definiujących jednoznacznie pojęcie śruby motylkowej (skrzydełkowej). Wykonawca LUG w swoich wyjaśnieniach powołał się w tym zakresie na normę dotyczącą śrub skrzydełkowych, która została wycofana. W ocenie Zamawiającego jednak wycofanie danej normy nie należy wiązać z zakazem jej stosowania, zwłaszcza w sytuacji, w której nie została wprowadzona do stosowania nowa norma. Skoro zatem brak jest w obowiązującym stanie normy określającej śrubę skrzydełkową (motylkową), powoływanie się na normę uprzednio obowiązującą do definicji danej śruby wydaje się rozwiązaniem odpowiednim i zdecydowanie bardziej prawidłowym niż słownik języka polskiego PWN lub popularna wyszukiwarka internetowa, na którą powołuje się Odwołujący. Norma jest dokumentem normatywnym stanowiącym uznaną regułę techniczną odzwierciedlającą aktualny stan wiedzy technicznej i nawet wycofana może stanowić tzw. dobrą praktykę, na którą powoływanie się w obrocie jest dopuszczalne i wskazane, w szczególności w sytuacji braku wprowadzenia nowej normy w tym zakresie. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku śrub

motylkowych, gdzie w obrocie nadal wykorzystywana jest wycofana norma.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający podniósł, iż załączona do próbki LUG śruba specjalna nie posiada jednego lub dwóch ramion, które służą do jej przykręcania bez użycia klucza, stąd - idąc tropem rozumowania Odwołującego - nawet posiłkując się słownikiem języka polskiego, śruba specjalna zastosowana przez wykonawcę LUG w oprawie nie może zostać uznana za śrubę motylkową. Zamawiający ponadto zwrócił uwagę, że schemat z instrukcji, na którą powołuje się Odwołujący na str. 9 odwołania, nie został dostarczony Zamawiającemu wraz z ofertą wykonawcy LUG. W świetle powyższego, Zamawiający nie odnosi się w sposób szczególny do ww. zarzutu, mając na uwadze, że w ocenie Zamawiającego takie rozwiązanie nie zostanie zastosowane w oprawach oferowanych Zamawiającemu przez wykonawcę LUG.

Zamawiający wskazał także, iż Odwołujący sugeruje, że standardowe rozwiązanie wykonawcy LUG oparte jest na śrubach dokręcanych z pomocą narzędzi, co w ocenie Zamawiającego nie wydaje się interpretacją uprawnioną, zaś sam Odwołujący w tym zakresie popada w sprzeczność twierdząc (nota bene na jednej stronie odwołania w bezpośrednim sąsiedztwie), iż oferowane przez wykonawcę LUG oprawy zgodnie ze schematem (nota bene schematem nie z oferty) są wyposażone w śruby motylkowe, natomiast poniżej, że standardowe rozwiązania LUG oparte są na śrubach dokręcanych za pomocą narzędzi. Co więcej, w kartach katalogowych oprawy wykonawcy LUG potwierdzona jest szczelność opraw IP66, do czego Zamawiający nie miał zastrzeżeń. W odniesieniu do testu IK Zamawiający w OPZ (pkt 1 ppkt 3 h) wymagał odpowiedniego poziomu wytrzymałości w odniesieniu do szyby hartowanej zabezpieczającej panel Led. W pozostałym zakresie Zamawiający nie sformułował szczegółowych wymagań. Jedynie na marginesie Zamawiający wskazał, iż wykonawca w tym zakresie udziela Zamawiającemu stosownej gwarancji na dostarczane produkty z odpowiednim okresem jej obowiązywania.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 odwołania, Zamawiający wskazał na brak zasadności zarzutów podanych przez Odwołującego oraz brak możliwości naruszenia przez Zamawiającego naprowadzonych przepisów Pzp. Zamawiający powołał się w tym względzie na argumentację zaprezentowaną w odpowiedzi na zarzut nr 1 i 2. Wobec powyższego Zamawiający nie mógł odrzucić oferty LUG, a co za tym idzie - nie mógł nie zaprosić wykonawcy LUG do aukcji elektronicznej. Ponadto Zamawiający wskazał na marginesie, że nie jest skuteczny jako przedwczesny zarzut naruszenia art. 91a ust. 1 Pzp w zw. z art. 91b ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej z udziałem wykonawcy LUG, którego oferta podlega odrzuceniu. W przypadku przeprowadzenia przez Zamawiającego aukcji elektronicznej z udziałem wykonawcy LUG, Odwołujący chcąc kwestionować ww. czynność Zamawiającego winien wystosować odrębne odwołanie.

W odpowiedzi na zarzut nr 4 odwołania, Zamawiający wskazał, że zgodnie z wymogami art. 7 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie zostało przygotowane i prowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zamawiający również podkreślił, że tak jak w przypadku wykonawcy LUG, również Odwołujący został wezwany do przedłożenia próbek opraw dostarczanych w toku postępowania. Idąc tropem myślenia Odwołującego zaprezentowanym w odwołaniu, również oferta Odwołującego podlegałaby odrzuceniu, albowiem brak dostarczenia próbek wraz z ofertą oznaczałby zatem brak udowodnienia spełniania wymogów SIWZ, co skutkowałoby odrzuceniem oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, a tym samym Odwołujący nie posiadałby interesu prawnego we wniesieniu odwołania. Na marginesie Zamawiający wskazał, że art. 7 ust. 1 ustawy Pzp co do zasady nie może stanowić samoistnej podstawy zarzutów odwołania i winien odnosić się do konkretnego przepisu ustawy Pzp, dotyczącego konkretnej czynności lub zaniechania czynności przez Zamawiającego, do której był na podstawie tego przepisu ustawy zobowiązany. Brak powiązania przez Odwołującego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp z konkretnymi przepisami Pzp powoduje, że zarzut nie może zostać uwzględniony.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na posiedzeniu w dniu 2 stycznia 2019 r. Izba stwierdziła brak skuteczności zgłoszonego przez wykonawcę LUG Light Factory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze (dalej jako „LUG”) przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, z uwagi na brak spełnienia wymogów formalnych, o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Izba ustaliła, iż Zamawiający przekazał wykonawcy LUG kopię odwołania w dniu 20 grudnia 2018 r., zaś pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia (nadane w dniu 24 grudnia 2018 r.) wpłynęło do Prezesa KIO w dniu 31 grudnia 2018 r., a zatem po upływie ustawowego 3-dniowego terminu na jego wniesienie.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w

terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Określony w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp termin na zgłoszenie przystąpienia jest terminem zawitym, tak jak termin na wniesienie odwołania, a zgłoszenie przystąpienia powinno być doręczone Prezesowi KIO w terminie trzech dni od otrzymania kopii odwołania. Powszechnie aprobowanym zarówno w orzecznictwie Izby, jak i sądów powszechnych, jest pogląd, iż dla dochowania terminu na zgłoszenie przystąpienia nie wystarczy nadanie zgłoszenia przystąpienia w formie pisemnej w placówce pocztowej operatora wyznaczonego, lecz jego doręczenie Prezesowi KIO, co wynika wprost z treści zdania drugiego ww. przepisu (por. m.in. wyrok KIO z dnia 20 września 2016 r., sygn. akt KIO 1659/16, postanowienie KIO z dnia 5 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2728/14, postanowienie Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 kwietnia 2011 r., sygn. akt XIX Ga 169/11, postanowienie Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 23 maja 2011 r., sygn. akt II Ca 220/11). Potwierdzenie, iż taki właśnie sposób rozumienia art. 185 ust. 2 ustawy Pzp był intencją ustawodawcy, znajdujemy w treści art. 198b ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp, gdzie w przypadku terminu na wniesienie skargi na orzeczenie Izby, ustawodawca wprost postanowił, że złożenie skargi w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe będzie równoznaczne z jej wniesieniem. Analogicznego uregulowania brak jest w przypadku terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W konsekwencji Izba odmówiła dopuszczenia wykonawcy LUG do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania.

Następnie Izba dokonała oceny czy Odwołujący był legitymowany, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Należy zauważyć, iż w przypadku potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu, skutecznie zakwestionowana zostałaby czynność zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy LUG, która zawierała najniższą cenę stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert oraz czynność dopuszczenia tego wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej. Powyższe zaniechanie Zamawiającego (jeśli naruszałoby ustawę Pzp) niewątpliwie mogło mieć wpływ na szanse Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, a także narazić go na szkodę związaną z nieuzyskaniem zamówienia w przypadku, gdyby aukcja została wygrana przez podmiot, którego oferta podlegać powinna odrzuceniu. W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp zostały przez Odwołującego wypełnione.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego i potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w szczególności z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pism Zamawiającego zawierających odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ, informacji z otwarcia ofert, oferty wykonawcy LUG, korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z wykonawcą LUG, w tym pism z dnia 9 listopada 2018 r., 13 listopada 2018 r., 21 listopada 2018 r., informacji z dnia 14 grudnia 2018 r. o dopuszczeniu do udziału w aukcji elektronicznej, pismo z dnia 19 grudnia 2018 r. o odwołaniu aukcji elektronicznej. Izba uwzględniła również stanowiska Stron przedstawione w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 2 stycznia 2019 roku. Izba na rozprawie, na wniosek Odwołującego, dopuściła i przeprowadziła dowód z dokumentu złożonego przez Odwołującego w postaci opinii prof. dr hab. inż. Marcina Rychtera z Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Ciechanowie, a także dopuściła i przeprowadziła w obecności Stron dowód z oględzin próbek opraw oświetlenia złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez wykonawcę LUG.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż przedstawiony przez Strony stan faktyczny sprawy jest zgodny z dokumentacją postępowania. W szczególności Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa opraw oświetlenia drogowego dla potrzeb PGE Dystrybucja S.A. Oddział Rzeszów. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 1 do SIWZ (pkt 3.1 i 3.2 SIWZ).

Zgodnie z punktem 10.7 SIWZ w celu wykazania spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), Zamawiający wymaga, aby dostawy spełniały określone normy jakościowe: karty katalogowe zawierające dane techniczne oferowanych opraw oświetleniowych w języku polskim, potwierdzające wymagane parametry techniczne (pkt 10.7.1); wzór deklaracji zgodności dla wszystkich zaoferowanych

wyrobów, zgodnie z definicją zawartą w Ustawie z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (tj. Dz. U. z 2004 nr 204 poz. 2087, z późniejszymi zmianami), spełniające wymagania określone w PN-EN ISO/IEC 17050-1 (pkt 10.7.2); certyfikaty zgodności lub dokumenty potwierdzające wykonanie badań typu potwierdzające, że oferowane wyroby są zgodne z normami określonymi przez zamawiającego wydane przez jednostkę certyfikującą posiadającą akredytację Polskiego Centrum Akredytacji w zakresie danej normy lub przez jednostkę certyfikującą posiadającą akredytację w zakresie danej normy udzieloną przez jednostkę akredytującą, członka porozumienia EA MLA. Zamawiający nie wymaga zamieszczenia w ramach oferty całego sprawozdania (raportu) z badań typu lecz tylko dokumentu końcowego będącego oceną wyrobu, np. Certyfikat, Ocena Techniczna itp. (pkt 10.7.3); oświadczenie użytkownika oferowanych urządzeń ze wskazaniem okresu użytkowania i poziomu awaryjności określonego w % - w odniesieniu do wymogu określonego w pkt 3 Załącznika nr 1 (pkt 10.7.4).

W punkcie 12.5.3.1 SIWZ Zamawiający wskazał, iż w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w pkt 10.7 SIWZ, wykonawca złoży wraz z ofertą próbki, opisy, fotografie, plany, projekty, modele, zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, certyfikaty, etc. (Rozporządzenie MR w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniach o udzielenie zamówienia - § 13).

Zgodnie z punktem 20.1 SIWZ jedynym kryterium oceny ofert było kryterium „Cena brutto” – waga 100% to jest 100 pkt. Zamawiający przewidział dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Zgodnie z art. 91a ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzi aukcję elektroniczną, jeżeli złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu (pkt 21.1 SIWZ).

W załączniku nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia („OPZ”) w punkcie 1.3 wskazano wymagania dla opraw drogowych LED stanowiących przedmiot dostawy. W ramach wymagań wskazano m.in. na beznarzędziowy dostęp do komory osprzętu elektrycznego (lit. n) oraz na możliwość beznarzędziowej wymiany zasilacza (lit. o).

W informacji nr 3 z dnia 26 września 2018 r., odpowiadając na pytanie nr 1 o treści „Czy Zamawiający zgodzi się na odstąpienie od wymagań zawartych w punktach n) i o)? Wymagania dotyczące beznarzędziowej konserwacji opraw LED nie mają praktycznego zastosowania w przypadku opraw ulicznych, ponieważ napraw tego typu opraw nie wykonuje się w warunkach terenowych. Wymagania te w znaczący sposób ograniczają uczciwą konkurencję oraz w nieuzasadniony sposób podnoszą koszt zamówienia. W wielu podobnych przypadkach dostarczane przez producentów rozwiązania mają za zadanie jedynie obejść wymagania, np. poprzez zastosowanie śrub motylkowych, które nie gwarantują właściwego docisku elementów i nie są odporne na wibracje, na które narażone są oprawy uliczne przez co podnoszą ryzyko wystąpienia awarii.”, Zamawiający wyjaśnił, iż utrzymuje zapisy zawarte w Załączniku nr 1 do SIWZ OPZ pkt 1 ppkt 3n) i o). W tym samym piśmie, na pytanie nr 2 o treści „Czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie śrub motylkowych jako rozwiązania równoważnego dla beznarzędziowego dostępu do komory osprzętu elektrycznego oraz beznarzędziowej wymiany zasilacza?” Zamawiający wskazał, że nie dopuszcza zastosowania śrub motylkowych.

W dniu 23 października 2018 r. miało miejsce otwarcie ofert w postępowaniu. Oferty złożyło trzech wykonawców: KWANT D.K. Sp. j. z siedzibą w Dąbrowie Tarnowskiej z ceną brutto 4 206 600,00 zł, LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze z ceną brutto 2 305 261,08 zł oraz Odwołujący z ceną brutto 3 792 803,40 zł.

Wykonawca LUG w formularzu ofertowym oświadczył, iż oferuje w ramach przedmiotu zamówienia dwa rodzaje opraw: oprawy URBINO LED 81W 9500lm oraz oprawy URBINO LED 106W 10500lm. Do oferty wykonawca LL załączył m.in. karty katalogowe dla obu rodzajów opraw, gdzie w informacjach dodatkowych wskazano na beznarzędziowy dostęp do komory osprzętu (śruba specjalna – otwieranie beznarzędziowe). Ponadto złożył próbki opraw, które nie umożliwiały beznarzędziowej wymiany zasilacza (zastosowane śruby wymagały użycia narzędzi). Śruby zastosowane do otwarcia komory osprzętu umożliwiały beznarzędziowy dostęp (odkręcanie ręczne, bez użycia narzędzi).

Pismem z dnia 9 listopada 2018 r., Zamawiający wezwał wykonawcę LUG do wyjaśnienia oferty złożonej w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp m.in. prosząc w punkcie 2 wezwania o „sprecyzowanie sposobu beznarzędziowej wymiany zasilacza oraz beznarzędziowego dostępu do komory osprzętu elektrycznego. Użyte śruby motylkowe nie zostały dopuszczone przez Zamawiającego jako rozwiązanie równoważne.” W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 13 listopada 2018 r., wykonawca LUG wyjaśnił, iż oprawa posiada możliwość beznarzędziowej wymiany zasilacza zgodnie z przedstawionym w piśmie schematem. W schemacie wskazano na możliwość zastosowania śrub radełkowych M4. W odniesieniu do beznarzędziowego dostępu do komory osprzętu elektrycznego, wykonawca LUG wyjaśnił, iż zastosowane rozwiązanie, które zostało zaproponowane w przedmiotowym postępowaniu zapewnia beznarzędziowy dostęp do komory osprzętu elektrycznego i nie jest śrubą motylkową. Wskazał, iż wizerunek śrub motylkowych jest zwyczajowo oraz powszechnie ustandaryzowany (wykonawca przedstawił stosowne ilustracje).

Ponadto wskazał na normę PN-64/M-82436 DIN 316, która jednoznacznie określa kształt oraz formę śrub motylkowych (prawidłowa nazwa to śruby skrzydełkowe, natomiast w powszechnej nomenklaturze funkcjonuje pojęcie śruby motylkowej, lecz ba pojęcia oznaczają dokładnie o samo). Zgodnie z powyższym zastosowany beznarzędziowy dostęp do komory osprzętu elektrycznego w oprawach URBINO LED jednoznacznie nie można uznać za otwierany za pomocą śrub motylkowych (wykonawca LUG przedstawił ilustracje zastosowanych śrub). Pismem z dnia 21 listopada 2018 r. Zamawiający wezwał wykonawcę LUG do uzupełnienia oferty, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, o próbki opraw oświetlenia drogowego, umożliwiające beznarzędziową wymianę zasilacza. Wykonawca LUG złożył próbki, które w zakresie beznarzędziowego dostępu do komory osprzętu zawierały tożsame rozwiązanie jak próbki pierwotnie złożone, zaś w zakresie dostępu do zasilacza zawierały śruby, jakie wskazano w schemacie przedstawionym w piśmie z dnia 13 listopada 2018 r., nazwane przez wykonawcę LUG radełkowymi.

Pismem z dnia 14 grudnia 2018 r. Zamawiający zaprosił wszystkich trzech wykonawców, którzy złożyli oferty, do udziału w aukcji elektronicznej. W dniu 19 grudnia 2018 r., po otrzymaniu kopii odwołania, Zamawiający poinformował wykonawców o odwołaniu zaplanowanej na 20 grudnia 2018 r. aukcji elektronicznej.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Pierwszy z podniesionych zarzutów, tj. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie potwierdził się. Odwołujący upatrywał naruszenia powyższych przepisów w zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy LUG, który wraz z ofertą złożył próbki opraw, które nie umożliwiały beznarzędziowej wymiany zasilacza, a zatem jego oferta (zdaniem Odwołującego) była niezgodna z SIWZ. Ponadto Odwołujący wskazywał, iż wobec złożenia przez wykonawcę LUG na wezwanie Zamawiającego próbek innych opraw, które umożliwiają beznarzędziową wymianę zasilacza, doszło do niedopuszczalnej zmiany treści oferty.

W ocenie Izby powyższe stanowisko nie znajdowało potwierdzenia na gruncie materiału dowodowego zgromadzonego w postępowaniu odwoławczym.

Nie było sporne pomiędzy Stronami, iż w złożonych przez wykonawcę LUG wraz z ofertą próbkach opraw śruby zastosowane do mocowania zasilacza nie umożliwiały jego beznarzędziowej wymiany (do ich odkręcenia niezbędne było zastosowanie narzędzia).

W konsekwencji, rozpoznając omawiany zarzut, przede wszystkim należało dokonać oceny, jaki charakter i znaczenie, zgodnie z postanowieniami SIWZ, Zamawiający nadał próbkom opraw składanym przez wykonawców w postępowaniu - tj. czy próbki te stanowiły treść oferty (oświadczenie woli wykonawcy), czy też stanowiły tzw. dokument przedmiotowy, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, mający potwierdzać, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego. Różnica pomiędzy dokumentami składającymi się na treść oferty, konkretyzującymi świadczenie wykonawcy, a dokumentami przedmiotowymi, które mają na celu jedynie potwierdzić zgodność zaoferowanego świadczenia z wymaganiami Zamawiającego, ma istotne (a dla przedmiotowej sprawy kluczowe) znaczenie, ponieważ dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mogą być uzupełniane, w przeciwieństwie do dokumentów, które tworzą merytoryczną treść oferty.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy 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 - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Jak wynika z § 13 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126, dalej jako „Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów”) w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności:

- 1) próbek, opisów, fotografii, planów, projektów, rysunków, modeli, wzorów, programów komputerowych oraz innych podobnych materiałów, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego;
- 2) certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę, jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność z wymaganiami lub cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia;

- 3) zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym;
- 4) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę określonych norm zapewnienia jakości, jeżeli zamawiający odwołuje się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich seriach norm europejskich;
- 5) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełnienia przez wykonawcę wymogów określonych systemów lub norm zarządzania środowiskowego, jeżeli zamawiający wskazuje środki zarządzania środowiskowego, które wykonawca będzie stosował podczas wykonywania zamówienia publicznego, odwołując się do unijnego systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub do innych norm zarządzania środowiskowego opartych na odpowiednich normach europejskich lub międzynarodowych opracowanych przez akredytowane jednostki.

Zgodnie z 26 ust. 3 ustawy 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.

Powyższe regulacje w sposób jednoznaczny przesądzają, iż możliwe jest wzywanie wykonawców na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w zakresie obejmującym dokumenty składane w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, wskazane w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli są one niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości. W sytuacji zatem, gdy na gruncie postanowień SIWZ, określonym dokumentom można nadać wyłącznie charakter dokumentów przedmiotowych, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp znajduje zastosowanie. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 18 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1158/14 „wobec przyjętej przez ustawodawcę techniki legislacyjnej, oczywiste jest, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - odsyłając do kategorii dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp - dotyczy wszystkich rodzajów dokumentów, które wyszczególnione zostały w rozporządzeniu wykonawczym wydanym na mocy art. 25 ust. 2 ustawy Pzp [...] Na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych próbka została zaliczona do kategorii dokumentów, z wszystkimi tego - obiektywnie możliwymi do zastosowania - konsekwencjami. O ile zatem trudno sobie wyobrazić, aby dla próbki znalazła zastosowanie możliwość złożenia kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, o tyle uzupełnienie niezłożonej w ogóle próbki lub próbki dotkniętej brakami, jest jak najbardziej wykonalne. Nie ma zatem powodów, aby arbitralnie wyłączać próbki spod regulacji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.”

Jak podnosi się w orzecznictwie, próbka może służyć ustaleniu zgodności przedmiotu oferty z SIWZ (art. 89 ust. 2 ustawy Pzp), sprawdzeniu jego szczegółowych parametrów, zwartościowaniu cechy tego przedmiotu według przyjętych kryteriów pozacenowych, a wreszcie - zbadaniu, czy oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. W tym ostatnim przypadku mamy do czynienia z dokumentem potwierdzającym, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego, w postaci próbki, który to dokument podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Natomiast w sytuacji, gdy próbka traktowana jest w kategorii treści oferty, nie podlega ona uzupełnieniu, zaś próba dopełnienia oferty o niezłączoną do niej próbkę, bądź zamiany próbki nie spełniającej wymagań postawionych w SIWZ, skutkuje uznaniem, że mamy do czynienia z ofertą niezgodną z SIWZ bądź następczą - po terminie składania ofert zmianą oferty, co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (por. m.in. wyrok KIO z dnia 17 września 2015 r., sygn. akt KIO 1937/15, wyrok KIO z dnia 9 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1496/13, wyrok KIO z dnia 12 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2511/13). W sytuacji, gdy próbka została w SIWZ przewidziana w celu ustalenia spełnienia wymogów, które podlegają ocenie punktowej w wyznaczonym kryterium oceny ofert pod względem jakościowym, nosi ona cechy oferty, zaś próbka w takim wypadku nie podlega uzupełnieniu. Podobnie jest, gdy za pomocą próbki wyrażana jest treść dotycząca oferowanego przedmiotu (por. m.in. wyrok KIO z dnia 17 września 2015 r., sygn. akt KIO 1937/15, wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 544/14, KIO 555/14, wyrok KIO z 3 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 559/14).

W konsekwencji, odnosząc się do przewidzianej dla próbki roli w postępowaniu należy każdorazowo ustalić, jakimi intencjami kierował się zamawiający, wprowadzając wymóg załączenia jej do oferty. Przyjmuje się, że w tej mierze rozstrzygające są postanowienia SIWZ opracowanej na użytek konkretnego postępowania (por. m.in. wyrok KIO z dnia 12 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2511/13, wyrok KIO z dnia 17 września 2015 r., sygn. akt KIO 1937/15).

W ocenie Izby, w treści postanowień SIWZ, Zamawiający w sposób jasny i jednoznaczny wyartykułował, że w przedmiotowym postępowaniu próbki opraw miały charakter tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i § 13 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Po pierwsze, Zamawiający w treści punktu 12.5.3.1 SIWZ wskazał, iż składane próbki, zaświadczenia, certyfikaty mają zostać złożone w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w punkcie 10.7 SIWZ - cel złożenia próbek opraw oświetlenia został zatem wprost określony, a było nim potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego. Po drugie, Zamawiający w treści tego postanowienia odwołał się bezpośrednio do § 13 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, który to przepis zawiera przykładowy katalog dokumentów przedmiotowych, jakich można żądać od wykonawcy w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, a w swojej treści (w ust. 1 pkt 1) wymienia m.in. próbki. Po trzecie, w punkcie 10.7 SIWZ, do którego odsyła pkt 12.5.3.1 SIWZ, gdzie wskazano wymagania, których spełnienie miały potwierdzać m.in. złożone próbki opraw, Zamawiający posłużył się sformulowaniem „w celu wykazania spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), Zamawiający wymaga [...]” - Zamawiający również w tym miejscu określił zatem cel złożenia dokumentów, odwołując się bezpośrednio do art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i brzmienia tego przepisu.

Z powyższego wynika, iż próbka została przez Zamawiającego sklasyfikowana jako dokument mający potwierdzać, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, czyli jako dokument przedmiotowy w ujęciu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp i § 13 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Skoro zatem Zamawiający wymagał złożenia próbek w takim charakterze, to ze wszelkimi konsekwencjami wynikającymi z przepisów ustawy Pzp, a zatem m.in. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie procedury uzupełniania tych dokumentów, jak i wyjaśniania ich treści (tak m.in. wyrok KIO z dnia 6 maja 2016 r., sygn. akt KIO 608/16, wyrok KIO z dnia 20 marca 2015 r., sygn. akt KIO 426/15). W takiej sytuacji Zamawiający nie może przyjąć, że próbki stanowią merytoryczną treść oferty i nie podlegają uzupełnieniu lub wyjaśnieniu, byłoby to bowiem nieuprawnione w świetle tak ukształtowanych (i nie kwestionowanych) postanowień SIWZ, wiążących wykonawców w dacie składania ofert, a Zamawiającego na etapie ich oceny. Zdaniem składu orzekającego, odwołanie się przez Zamawiającego w treści SIWZ przy wymogu dotyczącym złożenia próbki do art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak i do § 13 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, przesądza jaki charakter Zamawiający chciał nadać w postępowaniu próbkom opraw składanych przez wykonawców. SIWZ nie zawiera jakichkolwiek innych postanowień, które wskazywać mogłyby na fakt, że intencja Zamawiającego była odmienna.

W świetle powyższego, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że Zamawiający stwierdzając brak możliwości beznarzędziowej wymiany zasilacza w próbkach opraw złożonych przez wykonawcę LUG wraz z ofertą, powinien był ofertę tę odrzucić, skoro próbka służyła wyłącznie potwierdzeniu spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego, nie stanowiła merytorycznej treści oferty, nie podlegała ocenie w jednym z kryteriów oceny ofert.

Izba nie zgodziła się również z Odwołującym, jakoby na skutek złożenia nowych próbek na wezwanie Zamawiającego, doszło do niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Bezsprzeczne jest, iż uzupełnianie lub wyjaśnianie tzw. dokumentów przedmiotowych nie może prowadzić do zmiany treści oferty i Izba w tym zakresie w pełni podziela stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, szeroko komentowane w treści odwołania (wyrok TSUE z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama). Natomiast w rozpoznawanej przez Izbę sprawie, w ocenie składu orzekającego, nie doszło do zmiany treści oferty, ponieważ nie nastąpiła zmiana oferowanego przedmiotu zamówienia, którego model (nazwa, moc, ilość lumenów) wskazano w treści oferty ani zmiana zaoferowanych przez wykonawcę parametrów tych urządzeń. Wykonawca LUG jedynie na wezwanie Zamawiającego wyjaśnił sposób beznarzędziowej wymiany zasilacza, przy czym Zamawiający nie wymagał podania tego rodzaju szczegółowych danych wraz z ofertą. Złożone następnie, na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, próbki jedynie potwierdzały informacje przedstawione w ofercie i wyjaśnieniach wykonawcy, nie tworzyły nowej treści oświadczenia woli. Nie można tracić z oczu także okoliczności, iż zgodnie z pkt 12.5.3.1 SIWZ próbki, zaświadczenia, certyfikaty były składane w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w punkcie 10.7 SIWZ – w tym przepisie zawarto katalog wymagań i to w tym zakresie (w celu weryfikacji spełnienia tych wymagań) próbki podlegać winny badaniu przez Zamawiającego. W tychże wymaganiach nie ma zaś mowy o beznarzędziowym dostępie do komory osprzętu i beznarzędziowej wymianie zasilacza.

Ponadto słusznie zwrócił uwagę podczas rozprawy Zamawiający, iż twierdzenia Odwołującego są niekonsekwentne, jeśli weźmie się pod uwagę okoliczność, że sam Odwołujący był wzywany do uzupełnienia próbek opraw, których do oferty w ogóle nie załączył. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego, uznając że próbka stanowiła treść oferty, również oferta Odwołującego musiałaby zostać odrzucona, gdyż zarówno brak złożenia próbki wraz z ofertą, jak i złożenie próbki wadliwej, przesądzałoby o niezgodności oferty z treścią SIWZ.

Za zbyt daleko idący Izba uznała z kolei wniosek Odwołującego przedstawiony w uzasadnieniu zarzutu nr 1, że Zamawiający „nie dopuszczając śrub motylkowych wskazał, że żadne mocowanie, zasilacza lub pokrywy oprawy, za pomocą śrub nie jest dopuszczalne.” W treści odpowiedzi na pytanie nr 2 przedstawionej w informacji nr 3 z dnia 26 września 2018 r., Zamawiający wskazał jedynie, iż nie dopuszcza zastosowania śrub motylkowych. Nie wskazał, że nie dopuszcza zastosowania jakichkolwiek śrub, a wymaga zastosowania rozwiązań typu klamry, klipsy zapewniające (zdaniem Odwołującego) odpowiedni docisk. Mając jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie Odwołujący był uprawniony do zadania Zamawiającemu ewentualnych dalszych pytań czy też przede wszystkim do wniesienia odwołania na treść postanowień SIWZ, czego nie uczynił. Nie sposób zatem uznać za zasadną obecnie prezentowanej argumentacji, że wykorzystanie śrub radełkowanych (takich jak użyte przez wykonawcę LUG do mocowania zasilacza) nie jest akceptowane ze względów bezpieczeństwa. Przy czym zauważyć trzeba, że Odwołujący wywodził, że wykorzystanie śrub radełkowanych nie pozwala na bezpieczne mocowanie elementów oprawy, podczas gdy tego rodzaju śruby wykonawca LUG zastosował do mocowania zasilacza.

W tym stanie rzeczy, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oparty na podstawach faktycznych przedstawionych w odwołaniu, nie znajdował uzasadnienia.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oparty na twierdzeniu, że rozwiązania zastosowane przez wykonawcę LUG w zaoferowanych oprawach to śruby motylkowe, niedopuszczone przez Zamawiającego.

W ocenie Izby Odwołujący nie dowiódł powyższego twierdzenia, podczas gdy to na nim zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp spoczywał ciężar dowodu. To Odwołujący z faktu zastosowania śrub motylkowych wywodził skutek prawny w postaci niezgodności oferty wykonawcy LUG z treścią SIWZ, jego obowiązkiem było zatem okoliczność tę wykazać za pomocą stosownych dowodów. Tymczasem przeprowadzone przez Izbę postępowanie dowodowe prowadzi do wniosków przeciwnych.

Przede wszystkim należy mieć na uwadze, iż Zamawiający nie zdefiniował w treści SIWZ co należy rozumieć przez beznarzędziowy dostęp do komory osprzętu i przez beznarzędziową wymianę zasilacza. W odpowiedzi na pytania wykonawców wskazał jedynie, że nie dopuszcza zastosowania śrub motylkowych, nie sprecyzował jednak co należy rozumieć pod tym pojęciem, nie odwołał się do żadnego aktu normatywnego czy norm technicznych. Sam Odwołujący wskazywał w treści odwołania, że norma obowiązująca dla śrub skrzydełkowych (motylkowych) wskazana przez wykonawcę LUG w wyjaśnieniach z 13 listopada 2018 r. została wycofana, podobnie jak norma, która ją zastąpiła i odwoływał się do definicji wynikającej ze słownika języka polskiego. Orzecznictwo kładzie duży nacisk na znaczenie precyzyjnego i jednoznacznego sformułowania postanowień SIWZ oraz związany z tym obowiązek zachowania zasady równego traktowania wykonawców, która wymaga, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom, ale i zasady przejrzystości, która ma na celu wyeliminowanie ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony zamawiającego i obliguje go do tego, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (por. m.in. wyrok TSUE z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 Saferoad). W konsekwencji niejasności w treści SIWZ należy wyklądać na korzyść wykonawcy i nie mogą one powodować eliminacji z postępowania wykonawcy, który w określony sposób zastosował się do postanowień SIWZ mogących podlegać różnej interpretacji (por. m.in. wyrok KIO z dnia 28 maja 2018 r., sygn. akt KIO 923/18, wyrok KIO z dnia 30 maja 2018 r., sygn. akt KIO 925/18).

Wobec powyższego, w sytuacji gdy na gruncie postanowień SIWZ powstały wątpliwości co do sposobu rozumienia pojęcia śrub motylkowych (skrzydełkowych), których to wątpliwości nie da się wyjaśnić odwołując się przykładowo do definicji legalnej czy obowiązujących norm technicznych, to nie sposób rozstrzygać ich na niekorzyść wykonawcy LUG. Izba zwraca także uwagę na pewną niekonsekwencję Odwołującego, który w odwołaniu wywodził, że normy określające kształt, formę śrub motylkowych zostały wycofane, co powoduje, że odnoszenie się do nich przez wykonawcę LUG w złożonych wyjaśnieniach jest nieuprawnione, po czym sam na rozprawie składa opinię ekspercką, której treść odsyła bezpośrednio do tych właśnie norm (PN-64/M-82436), a w ustnej wypowiedzi powołuje się na pkt 6 tej normy.

Odnosząc się do treści złożonej przez Odwołującego opinii eksperckiej, należy wskazać, iż miała ona charakter opinii prywatnej, opracowanej na zlecenie Odwołującego, w związku z tym należy ją traktować jedynie jako wzmocnienie twierdzeń strony, która dla ich uwiarygodnienia odwołuje się do autorytetu specjalisty i wiadomości specjalnych. Jest to pogląd powszechny w orzecznictwie sądów w sprawach cywilnych, który skład orzekający w przedmiotowej sprawie

podziela (por m.in. wyrok SN z dnia 3 października 2008 r., sygn. akt I CSK 125/08). W ślad za wyrokiem Izby z dnia 16 kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO 654/14 należy wskazać, iż „[...] opinią prywatną (inaczej pozaprocesową, pozasądową, rzeczoznawczą) jest bowiem każde oświadczenie, powołujące się na wiadomości specjalne, nie pochodzące od biegłego powołanego przez sąd. Najistotniejszą cechą opinii prywatnej jest sporządzenie nie na zlecenie organu procesowego, lecz innych uczestników procesu, najczęściej stron postępowania. Jak sama nazwa wskazuje, opinia prywatna nie jest opinią w rozumieniu art. 190 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, ponieważ nie spełnia podstawowych wymagań prawnych odnoszonych do opinii biegłych. Dokument ten powstaje poza postępowaniem, czasami nie dla jego celów, a czasami właśnie dla przedstawienia w toku postępowania. (...) W konsekwencji nigdy ekspertyza prywatna nie może być podstawą wniosków organu orzekającego pozostających w opozycji do stanowiska strony przeciwnej. W orzecznictwie SN wyrażono słuszne stanowisko, że, gdyby ekspertyzę prywatną przyjęto za podstawę orzeczenia, stanowiłoby to istotne uchybienie procesowe, które mogłoby być nawet podstawą skargi kasacyjnej (np. wyrok z dnia 11 grudnia 1997 r. sygn. akt I CKN 385/97).” Składane zatem przez strony i uczestników postępowania opinie prywatne - co do zasady traktowane jako ich (stron) stanowiska - stanowią co najwyżej dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd.”

W tym stanie rzeczy, w ocenie Izby, dowód ten nie miał istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, tym bardziej, że treść opinii eksperckiej nie przesądza o tym, że zastosowane przez wykonawcę LUG rozwiązanie dla zapewnienia beznarzędziowego dostępu do komory osprzętu elektrycznego, to śruby motylkowe. Opinia zawiera jedynie wywody teoretyczne oraz na samym końcu jednozdaniowe, lakoniczne stwierdzenie, iż „do zamknięcia pokrywy przedstawionej na rysunku 1 i 2 została wykorzystana śruba z łbem motylkowym/skrzydełkowym.” Opiniujący nie omawia, dlaczego w jego ocenie śruby zastosowane w oprawach LUG kwalifikować należy jako śruby motylkowe, a żadna z ilustracji przedstawionych w treści tej opinii nie odpowiada śrubom zastosowanym przez wykonawcę LUG.

Również ilustracje śrub przedstawione przez Odwołującego w treści odwołania jako przykłady śrub motylkowych znalezione w Internecie, nie są w ocenie Izby podobne do śruby zastosowanej przez wykonawcę LUG. Z kolei twierdzenia Odwołującego, iż w instrukcji do zaoferowanych przez wykonawcę LUG opraw pokazane są na schemacie śruby motylkowe, które łudząco przypominają i umownie symbolizują śruby motylkowe przedstawione na wklejonym w odwołaniu zrzucie ekranu, nie zostały w żaden sposób wykazane w postępowaniu odwoławczym - brak jest jakichkolwiek dowodów, że ilustracja ta pochodzi z instrukcji opraw zaoferowanych przez wykonawcę LUG w postępowaniu. Okoliczność ta była kwestionowana przez Zamawiającego, a Odwołujący nie złożył w tym zakresie żadnych dowodów, jak również nie przedstawił ustnej argumentacji. Izba miała także na uwadze, iż z kart katalogowych załączonych do oferty LUG nie wynika, iż zastosowane w celu zapewnienia beznarzędziowego dostępu do komory osprzętu śruby to śruby motylkowe, jest tam mowa o śrubach specjalnych.

Mając powyższe na uwadze, zdaniem składu orzekającego, zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie dawał podstaw do stwierdzenia, że wykonawca LUG zastosował w celu beznarzędziowego dostępu do komory niezgodne z wymaganiami Zamawiającego śruby motylkowe. Teoretycznie nawet gdyby uznać, że pomiędzy śrubami zastosowanymi przez wykonawcę LUG, a śrubami motylkowymi istnieje pewne podobieństwo w zakresie mechanizmu działania, to jest to zdecydowanie zbyt mało, aby przesądzić o niezgodności oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ.

Jeśli zaś chodzi o kwestię beznarzędziowego dostępu do zasilacza Odwołujący również nie sprostął spoczywającemu na nim ciężarowi dowodowemu w zakresie wykazania, że zastosowane śruby radełkowane są śrubami motylkowymi (tylko taka okoliczność przesądzałaby bowiem o niezgodności oferty wykonawcy LUG z treścią SIWZ). W odwołaniu w zasadzie nie przedstawiono wywodów w tym zakresie, poza stwierdzeniem pojawiającym się przy uzasadnieniu faktycznym zarzutu nr 1, iż „nowe próbki posiadają śruby radełkowane, które nie wymagają użycia narzędzia, chociaż nadal w ocenie Odwołującego są niezgodne z wymaganiami Zamawiającego.” Z kolei dowody złożone przez Odwołującego w postępowaniu w zasadzie przeczą jego stanowisku co do uznania śrub radełkowanych za śruby motylkowe. Po pierwsze przedstawiane w odwołaniu i opinii eksperckiej ilustracje w ogóle nie odpowiadają wizerunkowi śrub radełkowanych. Po drugie w treści opinii eksperckiej wskazano, że według aktów normalizacyjnych (norma PN-ISO 1891:1999) śruby mogą występować w odmianach z łbami o różnym kształcie geometrycznym, np. sześciokątnym, walcowym z gniazdem sześciokątnym, kwadratowym, grzybkowym z noskiem, radełkowym, a także w postaci ucha czy z łbem skrzydełkowym, zwanym także motylkowym. W złożonej przez Odwołującego opinii w sposób wyraźny odróżniono zatem śrubę z łbem radełkowym (radełkowaną) od śruby z łbem motylkowym (skrzydełkową). W opinii brak jest jakiegokolwiek odniesienia, że śruby radełkowe to rodzaj śrub motylkowych, interpretacja Odwołującego zdaje się być zatem interpretacją konstruowaną na potrzeby postępowania, nie znajdującą logicznego poparcia.

Niezrozumiałe, w ocenie Izby, są także przedstawione w odwołaniu wywody, że wykonawca LUG nie udowodnił czy zaoferowane przez niego rozwiązanie polegające na posłużeniu się śrubą motylkową z plastikowym elementem posiada te same parametry techniczne, co rozwiązanie standardowe oparte na śrubach dokręcanych za pomocą narzędzi o

określonej sile (szczelność oprawy, test IK, test „glow wire test,” odporność na promieniowanie UV). To Odwołujący wywodząc z ww. twierdzeń niezgodność oferty wykonawcy LUG z SIWZ powinien był wykazać, że zastosowane w zaoferowanych oprawach rozwiązanie w celu zapewnienia beznarzędziowego dostępu do komory osprzętu, czy beznarzędziowej wymiany zasilacza, wpływać może na dochowanie wymaganych przez Zamawiającego parametrów produktu, a w szczególności wskazać konkretne postanowienia SIWZ określające wymagania, z którymi mogłaby zachodzić niezgodność oraz przedstawić w tym zakresie stosowne dowody. Brak przedstawienia argumentacji przez Odwołującego czyni w praktyce niemożliwym rozpoznanie tej kwestii przez Izbę, skoro nie wykazano nawet czy Zamawiający faktycznie wymagał, aby wykonawcy wraz z ofertą potwierdzili (i w jaki sposób) zachowanie parametrów technicznych, na które powoływał się Odwołujący. To obowiązkiem wykonawcy - jako podmiotu profesjonalnego - jest precyzyjne określenie, z którymi postanowieniami SIWZ dana oferta jest niezgodna. Nie jest rolą Izby wywodzenie z argumentacji przedstawionej w odwołaniu, zgodność z którymi postanowieniami SIWZ Odwołujący zamierzał objąć zakresem zaskarżenia i dlaczego rozwiązanie zastosowane przez wykonawcę LUG może wpływać na spełnienie wymagań wynikających z tych postanowień.

Mając na uwadze powyższe, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

W konsekwencji nie znalazły potwierdzenia także pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu, tj. zarzut naruszenia art. 91a ust. 1 w zw. z art. 91b ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Skoro oferta wykonawcy LUG nie podlegała odrzuceniu z przyczyn wskazywanych w odwołaniu, co rozstrzygnięte zostało powyżej, brak było jakichkolwiek nieprawidłowości w zaproszeniu przez Zamawiającego tego wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej, jak również brak było podstaw do uznania, że w postępowaniu doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący opierał powyższe zarzuty na tożsamych okolicznościach faktycznych, co zarzuty nr 1 i 2 odwołania, wobec czego Izba w pełni podtrzymuje argumentację przedstawioną we wcześniejszej części uzasadnienia, uznając za niecelowe jej powielanie. Podnoszona zaś przez Odwołującego z ostrożności okoliczność związana z przeprowadzeniem aukcji pomimo wniesienia odwołania była bezprzedmiotowa, jako że Zamawiający odwołał aukcję zaplanowaną na dzień 20 grudnia 2018 r.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) i 2) lit. b) w zw. z § 5 ust. 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:.....