Sygn. akt: KIO 1926/19

WYROK

z dnia 14 października 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2019 roku przez Odwołującego, którym jest Przedsiębiorstwo Budowlane FEST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie

przy udziale wykonawcy R.Z. prowadzący działalność gospodarczą jako Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Usługi-Handel R.Z. z siedzibą w Chełmży

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Przedsiębiorstwo Budowlane FEST

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego Przedsiębiorstwo Budowlane FEST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie kwoty 5 000 zł 00 gr. (słownie pięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej kwotę nadpłaconą ponad wymagany wpis.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1926/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie „KMP w Szczecinie - budowa i modernizacja obiektów przy ul. Kaszubskiej - przebudowa budynku D z adaptacją poddasza na cele użytkowe". Numer postępowania ZZ-2380-87/19 , zwane dalej „postępowaniem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 2019-08-02 r. Numer 582098-N-2019.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „Ustawą" lub „Pzp", w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 30 września 2019 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane FEST Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (zwanego dalej Odwołującym) odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na niewłaściwym badaniu i ocenie ofert złożonych w postępowaniu, a w konsekwencji decyzji Zamawiającego z dnia 25 września 2019 roku o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu

1) naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, iż treść oferty

Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2) naruszenia art. 7 ust 1 ustawy Pzp, w związku z art. 87 ust 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażające się w zaniechaniu rzetelnego i wszechstronnego wyjaśnienia treści oferty złożonej przez Odwołującego i nieprawidłowe odrzucenie tej oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący wskazał, że w dniu 12 września 2019 roku wezwany został przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 Ustawy w szczególności do podania jakie materiały i urządzenia zaoferowane zostały w pozycji nr 55 kosztorysu branży teletechnicznej i 146 kosztorysu branży elektrycznej. Odwołujący udzielił odpowiedzi w piśmie z dnia 16 września 2019 roku, składając jednocześnie oświadczenie, iż cena całości oferty uwzględnia wszelkie niezbędne koszty wynikające z zakresu prac wskazanego w dokumentacji, przedmiarach robót oraz STWiORB, zgodnie z zapisem rozdziału XII SIWZ. Po przeanalizowaniu treści uzyskanych wyjaśnień, Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, o czym zawiadomił w piśmie z dnia 25 września 2019 roku. Wskazał w nim, iż weryfikując otrzymane odpowiedzi uznał, iż model oprawy wskazany przez Odwołującego nie posiada charakterystyki POS tzn. nie jest oprawą o charakterystyce rozsyłu światła jako światła pośredniego (miękkiego) tylko światła bezpośredniego, co prowadzić może do wywołania efektu olśnienia i braku równomiernego doświetlenia pomieszczenia, nadmienić należy iż w dokumentacji przetargowej Zamawiający nie wskazał bezpośrednio iż lampy mają mieć charakterystykę POS.

Natychmiast po otrzymaniu informacji o stanowisku Zamawiającego, Odwołujący (mając przekonanie o kompleksowości i prawidłowości złożonej oferty) podjął starania dla wyjaśnienia

przyczyn powstałej rozbieżności i ustalił, iż miała ona charakter pozorny to jest wynikała jedynie z omyłki pisarskiej popełnionej przez pracownika podmiotu trzeciego (hurtowni elektrycznej), która we współpracy z producentem przygotowywała ofertę na dostawę opraw oświetleniowych przeznaczonych pod realizację inwestycji zgodnie z projektem budowlanym oraz STWiORB. W istocie rzeczy nie miała zatem miejsca żadna rozbieżność pomiędzy dokumentacją, a zapisami złożonej oferty.

Odwołujący powiadomił Zamawiającego o zaistniałej sytuacji załączając stosowne dokumenty potwierdzające, iż doszło jedynie do omyłki pisarskiej skutkującej nieporozumieniem w komunikacji pomiędzy hurtownią elektryczną, a Odwołującym (vide: pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 27 września 2019 roku). Jednocześnie Zamawiający wezwany został do niezwłocznego unieważnienia podjętej przez siebie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego — jako opartej na oczywiście wadliwych przesłankach. Żądanie to okazało się jednak bezskuteczne.

Podkreślenia wymaga, iż na żadnym etapie w ramach wyżej opisanych czynności Odwołujący nie dokonywał zmiany treści oferty. Niezwłocznie po otrzymaniu zawiadomienia o podjęciu przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu jego oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - w związku z treścią pisemnych wyjaśnień złożonych w dniu 16 września 2019 roku - Odwołujący podjął jedynie starania dla zrozumienia

przyczyn powstałej rozbieżności. W ich wyniku ustalił — bez zmiany treści oferty, iż składając pisemne wyjaśnienia pozostawał w błędzie co do samej tylko nazwy modelu oprawy oświetleniowej, jaka uwzględniona została w ofercie; błędzie, wywołanym wskutek przypadkowej (niecelowej) omyłki pracownika podmiotu trzeciego (hurtowni elektrycznej). Treść złożonej oferty pozostawała i pozostaje zatem całkowicie niezmienna i od samego początku, to jest od momentu jej złożenia, zgodna z treścią SIWZ, dokumentacją budowlaną i oraz STWiORB.

Zamawiający zobowiązany był do oceny oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlane FEST Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie w kontekście wszystkich otrzymanych informacji - w tym również tych, które zawarte były w piśmie prostującym z dnia 27 września 2019 roku wraz z załącznikami, czego jednak nie dokonał. Niezależnie bowiem od tego, iż wcześniej podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, w kontekście nowych faktów, powinien dążyć do zawarcia umowy najkorzystniejszej w kontekście przyjętych kryteriów (w tym przede wszystkim ceny). Zauważyć należy zaś, iż spośród wszystkich ofert złożonych w ramach postępowania prowadzonego pod numerem ZZ-2380-87/19, oferta Odwołującego opiewała na najniższą sumę wynagrodzenia, a nadto jako jedyna przewidywała zatrudnienie osób bezrobotnych, osoby niepełnosprawnej oraz przewidywała okres gwarancji i serwisu na 5 lat (konkurent 3 lata).

Mając na uwadze przywołane okoliczności podkreślenia wymaga, iż w żadnym razie nie miała miejsca sytuacja, aby oferta Odwołującego była w jakikolwiek zakresie niezgodna z SIWZ - tym bardziej w sposób zasadniczy i nieusuwalny, a więc taki, jaki w świetle orzecznictwa uzasadnia odrzucenie oferty wykonawcy. W celu oceny wystąpienia przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych należy porównać merytoryczną zawartość oferty wykonawcy z wymaganiami, które zostały określone w SIWZ. Uprawnienie a zarazem obowiązek zamawiającego do odrzucenia oferty za jej niezgodność z treścią SIWZ następuje, gdy zachodząca niezgodność jest jednoznaczna i niewątpliwa. Wyłącznie w przypadku nie budzącej wątpliwości niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego określonymi w SIWZ zamawiający będzie uprawniony do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych. (tak KIO w wyroku z dnia 29 stycznia 2019 roku, KIO 68/19; analogicznie m.in. w wyroku KIO z dnia 16 maja 2019 roku, KIO 775/19). Prawidłowe zachowanie Zamawiającego, podejmowane z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w kontekście całości zebranego materiału to jest po otrzymaniu dodatkowych wyjaśnień ze strony Odwołującego, sprowadzać się winno do unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego - jako czynności nieprawidłowej.
To jednak nie nastąpiło.

Niezależnie od powyższego przypomnieć należy, iż, jak wielokrotnie wskazywano

w orzecznictwie Zamawiający jest uprawniony do odrzucenia oferty wykonawcy jako niezgodnej z treścią SIWZ wyłącznie w przypadku, gdy niezgodność ta ma charakter jednoznaczny - zostaje stwierdzona na podstawie konkretnego i precyzyjnego postanowienia SIWZ. Jednocześnie wszelkie wątpliwości, które mogą wynikać z treści opisu przedmiotu zamówienia, należy rozpatrywać na korzyść wykonawców. Odrzucanie oferty wykonawcy na podstawie przesłanek, które nie zostały jednoznacznie wskazane w treści SIWZ, stanowi również przejaw naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tym niemniej zawsze należy wykazać na czym konkretnie ta niezgodność polega, poprzez jednoznacznie wskazanie w ofercie co nie jest zgodne i w jaki sposób ta niezgodność

występuje, w konfrontacji z klarownie wskazanymi i ustalonymi fragmentami SIWZ, dotyczącymi kwantyfikowalnych właściwości przedmiotu zamówienia, ewentualnie również z uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami i wyjaśnieniami zamawiającego, (tak m.in. w wyroku KIO z dnia 08 lutego 2019 roku, KIO 144/19). Składając pismo z dnia 27 września 2019 roku Odwołujący wskazywał przyczyny, dla których nie był w stanie samodzielnie stwierdzić błędu zaistniałego w treści pisma wyjaśniającego z dnia 16 września 2019 roku. Jednym z głównych powodów był m.in. nieprecyzyjnie sformułowany zapis dokumentacji projektowej oraz STWiORB, dotyczący wymagań technicznych co do opraw oświetleniowych, który jak się okazało mógł być różnie interpretowany. Wskazać należy, iż w opisanych okolicznościach wszelkie możliwe rozbieżności winny być oceniane na korzyść wykonawców - co jednak nie nastąpiło.

W konsekwencji zasadne stało się wystąpienie z niniejszym odwołaniem.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł jak na wstępie.

Dnia 3 października 2019 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca R.Z. prowadzący działalność gospodarczą jako Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Usługi-Handel R.Z. z siedzibą w Chełmży (zwany dalej Przystępującym). Dnia 8 października 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło Pismo Przystępującego po stronie Zamawiającego (datowane na 7 października 2019 roku) (przekazane stronom na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postepowania w dniu 14 października 2019 roku), w którym Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, zasądzenia od Odwołującego na rzecz uczestnika kosztów postępowania oraz przeprowadzenie dowodów z załączonych do pisma dokumentów.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 września 2019 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 25 września 2019 r.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy - środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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 niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba stwierdziła także skuteczność wniesionego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu - co również zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, pismo procesowe Przystępującego z 7 października 2019 roku a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła co następuje :

W treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) pkt. III. 2. Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał, że szczegółowy opis robót budowlanych

został zawarty w przedmiarach robót, kosztorysach nakładczych, projekcie wykonawczym, Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych - branże budowlana, sanitarna i elektryczna stanowiących załącznik nr 6 do SIWZ.

W Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (dalej STWIORB) w zakresie branży elektrycznej, pkt 2.5 Oprawy oświetleniowe Zamawiający zawarł opis

oprawy E1 (str. 6 i 7).

Zgodnie z opisem Zamawiający wymagał:

> E1- Oprawa wpuszczana w sufit podwieszany. Wymiary - 596x596x55mm. Korpus - blacha stalowa, o grubości 0,5mm, malowany farbą proszkową standard, UV odporną. Układ optyczny - MICRO-LINE. Przesłona - PS o grubości 3mm o współczynniku załamania wg ISO489 - 1,591 i całkowitej transmisji światła wg ISO13468-1 - 90%. Typ źródła - LED. Płytka obwodów drukowanych do montażu LED wykonana z aluminium o wymiarach 560x16x6mm. Moc źródła - 14,8W. Strumień świetlny źródła - 2356lm. Zasilanie źródła - 500 mA. Współczynnik oddawania barw [CRI] Ra = 81,83. Temperatura barwowa - 3989K. Składowe widmowe R3=93,2, R6=82,2. Współrzędne chromatyczności x=0,3849, y=0,3917. Trwałość 60 tyś. godzin przy współczynniku L80/B10. Ilość źródeł - 2. Moc źródeł w oprawie - 29,6W. Skuteczność źródła - 159,19lm/W. MacAdam (SDMC) = 3. Moc oprawy - 32W. Sprawność oprawy - 75,94%. Skuteczność świetlna oprawy - 111,82lm/W. IP20. IK04. Zasilanie przelotowe - dostępne. Certyfikaty i dopuszczenia - CE. Grupa ryzyka fotobiologicznego GR0.

Pismem z dnia 12 września 2019 roku Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie podania materiałów i urządzeń zaoferowanych m.in. w pozycji nr. 146 kosztorysu branży elektrycznej tj. oprawy oświetleniowe „E1" w suficie podwieszanym. Należało podać istotne elementy składowe oferty w szczególności producenta, typ lub model pozwalające na identyfikację i ocenę zgodności z wymaganiami w SIWZ.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 16 września 2019 roku Odwołujący wskazał, iż w pozycji 146 kosztorysu elektrycznego zostały przyjęte oprawy firmy „Luxiona Poland S.A. AGAT LED MICRO-LINE 5200LM" przygotowane przez producenta dla przedmiotowej inwestycji.

Zamawiający pismem z dnia 25 września 2019 roku, na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poinformował Odwołującego, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucił jego ofertę, ponieważ jej treść nie odpowiadała treści SIWZ.

Zamawiający, uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty wyjaśnił, że zaoferowana przez Odwołującego oprawa nie posiada charakterystyki POS, tzn. nie jest oprawą o charakterystyce rozsyłu oprawy jako światła pośredniego (miękkiego) tylko światła bezpośredniego. W oprawie oczekiwanej przez Zamawiającego źródła światła miały być niewidoczne natomiast w tej oprawie są widoczne co może powodować w odbiciu od elementów znajdujących się w pomieszczeniu niekorzystny efekt olśnienia. Natężenie dobranej w projekcie oprawy pozwala na doświetlenie pomieszczenia w taki sposób aby przebywanie w nim nie sprawiało dyskomfortu pracy czyli było równomiernie doświetlone natomiast oprawa zaproponowana przez Odwołującego ma inną charakterystykę rozsyłu światła. Zaproponowana oprawa nie spełnia parametrów opisanych w STWIOR branży elektrycznej oprawy typu E1.

Pismem z dnia 26 września 2019 roku Odwołujący wystąpił do Zamawiającego, wnosząc o zmianę podjętej decyzji o odrzuceniu jego oferty, jako oczywiście sprzecznej z przepisami ustawy. Wskazał, że w piśnie z 16 września 2019 roku podana nazwa oprawy E1 „Luxiona Poland S.A. AGAT LED MICRO-LINE 5200LM" została wpisana omyłkowo, w wyniku omyłki pisarskiej pracownika hurtowni przygotowującego ofertę na oprawy elektryczne.
W rzeczywistości, oszacowana została oferta zawierająca oprawę oświetleniową Agat POS LED 32W (zgodnie z dokumentacją). Dodał, że nie jest dystrybutorem ani producentem opraw oświetleniowych i tym samym nie zna wszystkich nazw własnych wyrobów oświetleniowych, w związku z czym kwestia omyłki w otrzymanej od hurtowni ofercie została wyjaśniona dopiero po otrzymaniu od Zamawiającego pisma o niezgodności wskazanej oprawy oświetleniowej względem dokumentacji.

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez błędne przyjęcie, iż treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, wskazać należy że zarzut nie został potwierdzony.

Przedmiot zamówienia został precyzyjnie określony w SIWZ, w której to Zamawiający szczegółowo odniósł się do opisu technicznego m.in. opraw E1.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ugruntowane już w tym zakresie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wskazuje że interpretacja ww. przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (np. KIO w wyroku z 22 czerwca 2018 sygn. akt: KIO: 1110/18, KIO w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 50/17).

Wskazać należy, że „niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 p.z.p. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego" (por. I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz Aktualny s. 544)

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego oświadczył, iż w ramach pozycji 146 kosztorysu elektrycznego zaoferował oprawy firmy LUXIONA Poland S.A. AGAT LED MICRO-LINE 5200LM. Oprawy te nie spełniają wymagań Zamawiającego zawartych w dokumentacji postępowania dotyczących parametrów technicznych. Podczas rozprawy Zamawiający wskazał, że o tym, że oprawy zaoferowane przez Odwołującego nie są oprawami o charakterystyce rozsyłu oprawy jako światła pośredniego świadczą niezgodne z wymaganiami zawartymi w STWIOR wymiary opraw, ich moc oraz ilość zaoferowanych źródeł świetlnych. Niezgodność ta ma przymiot niezgodności merytorycznej, skutkującej zaoferowaniem produktów niezgodnych z założeniami projektowymi. Brak zgodności z wymaganiami SIWZ potwierdził również dowód złożony przez Przystępującego (załącznik nr 2 do pisma Przystępującego), wskazujący na niezgodność w zakresie wymaganych parametrów technicznych z parametrami oferowanych przez Odwołującego opraw. Podkreślenia wymaga, iż sam Odwołujący nie kwestionował decyzji Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty w związku z zaoferowaniem oprawy LUXIONA Poland S.A. AGAT LED MICRO-LINE 5200LM, próbując dowodzić jej zgodność z treścią SIWZ.

W ocenie Izby, w powyższych okolicznościach Zamawiający zasadnie wywiódł, iż oferta niespełniająca wymaganych parametrów technicznych podlega odrzuceniu.

Tym samym nie ma podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucając ofertę odwołującego.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego wyrażonego zarzutem naruszenia art. 7 ust 1 ustawy Pzp, w związku z art. 87 ust 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania

w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażające się w zaniechaniu rzetelnego i wszechstronnego wyjaśnienia treści oferty złożonej przez Odwołującego i nieprawidłowe odrzucenie tej oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, wskazując że zarzut Odwołującego jest chybiony.

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, iż Zamawiający winien przyjąć wyjaśnienia z dnia 26 września 2019 roku, i uznać że Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 16 września 2019 roku popełnił omyłkę pisarską, poprzez błędnie podaną nazwę i model oferowanej oprawy w pozycji E1.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Wskazać należy, że obowiązek wyjaśnienia przez Zamawiającego treści oferty materializuje się wówczas, gdy zaistnieją wątpliwości co do jej treści, w sytuacji gdy np. oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy. W takich okolicznościach, w celu dochowania przez Zamawiającego należytej staranności przy czynnościach badania i oceny ofert Zamawiający winien wystąpić do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia treści oferty. Jest to czynność istotna, bowiem decyzja o niezgodności oferty z treścią SIWZ skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Sankcja ta stanowi najdalej idącą dolegliwość w stosunku do wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, dlatego też Zamawiający, przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty, powinien usunąć wszelkie wątpliwości związane w ewentualną jej wadliwością.

Jak wskazano w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. art. 2 dyrektywy 2004/18 (zasada równego traktowania wykonawców) nie sprzeciwia się w szczególności, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty. Orzeczenie to dotyczyło poprzedniej dyrektywy zamówieniowej, lecz zachowało swą aktualność, z uwagi na to, że zasada równego traktowania wykonawców w dalszym ciągu pozostała kluczową zasadą w zamówieniach publicznych.

Zamawiający w przypadku wystąpienia jakichkolwiek wątpliwości ma obowiązek wyjaśnić treść złożonej oferty i o ile jest to konieczne, i nie będzie prowadzić do zmiany treści oferty.

Podkreślenia wymaga, iż procedura wyjaśnienia treści oferty nie będzie miała zastosowania, jeżeli treść oferty jest jasna, przejrzysta i jednoznaczna, oraz zawiera informacje nie budzące wątpliwości Zamawiającego w zakresie jej oceny.

Przenosząc powyższe rozważania na płaszczyznę analizowanego stanu faktycznego, wskazać należy na jego odmienność od powyższych sytuacji. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego podał nazwę oferowanej oprawy, wskazując na jej producenta i model. Umożliwiło to Zamawiającemu w sposób nie budzący wątpliwości dokonać weryfikacji oprawy pod względem parametrów technicznych i wskazać płaszczyzny, w których oprawa nie spełnia wymagań wskazanych w SIWZ. W powyższych okolicznościach, nie wystąpiły zatem podstawy do skierowania do Odwołującego wezwania w zakresie wyjaśnienia treści oferty, bowiem nie istniały wątpliwości dotyczące oceny oferty.

Ponadto, podkreślenia wymaga, że wyjaśnienia Odwołującego z 26 września 2019 roku, w których wskazał, że w miejsce błędnie wpisanej nazwy oprawy (jako omyłki pisarskiej) LUXIONA Poland S.A. AGAT LED MICRO-LINE 5200LM w rzeczywistości w ofercie oszacował oprawę AGAT POS LED 32W stanowiły zmianę treści oferty. Zmiana treści oferty, zgodnie z art. 87 ust. 1 zdanie drugie jest czynnością niedopuszczalną, i nie może być uwzględniona przez Zamawiającego.

Nie można również zgodzić się z Odwołującym, że w przedmiotowym stanie faktycznym, błędnie podana nazwa oprawy elektrycznej stanowiła omyłkę pisarską.

Za omyłkę pisarską, uznaje się taką omyłkę, która jest widoczne gołym okiem, nastąpiła wbrew zamierzeniom wykonawcy (np. niewłaściwie użyty wyraz, widocznie myląca pisownia).

Przyjmuje się, że oczywistość omyłki należy wiązać z jej niebudzącym wątpliwości charakterem, bezspornością i pewnością. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem oczywista

omyłka pisarska jest to nie tylko fizyczne wprowadzenie omyłkowego zapisu w treści oferty, który nasuwa się samoczynnie, przez pierwszy ogląd danego dokumentu. Oczywista omyłka pisarska polega również na pominięciu określonego zapisu, w szczególności przez techniczne, często komputerowe i automatyczne przesunięcie tekstu, czy też pominięcie fragmentu tekstu, który - jak wskazuje kontekst i całość dokumentu - powinien znaleźć się w danym dokumencie. W wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 21 maja 2008 r. (XII Ga 151/08, LEX nr 621204) określono, że: Błąd pisarski to »widoczne, wbrew zamierzeniu, niewłaściwe użycie

wyrazu, widocznie mylna pisownia albo widocznie niezamierzone opuszczenie jednego lub

więcej wyrazów itp.«. Natomiast omyłki pisarskie są to omyłki stojące na równi z błędami pisarskimi lub rachunkowymi, a zatem tylko omyłki polegające na tym, że wyrażono coś, co

jest niezgodne z myślą niedwuznacznie wyrażoną przez podmiot, a zostało wypowiedziane tylko przez przeoczenie, niewłaściwy dobór słów itp.

Z kolei w jednym z wyroków KIO określono, że o omyłce można mówić, gdy jest ona jednoznaczna dla każdego i każdy taką omyłkę powinien jednakowo poprawić. Jeżeli dochodzi do różnic w traktowaniu czegoś jako omyłki, to trudno mówić, że mamy do czynienia z omyłką. Co istotne, zarówno omyłki pisarskie, jak i rachunkowe muszą cechować się oczywistością. Istotą uznania dokonanej omyłki za oczywistą, jest możliwość jej stwierdzenia bez specjalistycznej wiedzy oraz jej bezsporność. (por. I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz Aktualny s. 562-563)

W świetle powyższego, wskazanie przez Odwołującego innego modelu oprawy oświetleniowej nie może być uznane za omyłkę pisarską.

Izba nie stwierdziła również naruszenia art. 7 ust 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do dowodów złożonych przez Przystępującego, jako załączniki do pisma Przystępującego, tj.: Oświadczenie Luxiona Poland S.A z dn. 1 października 2019 r. (Załącznik 1), Oświadczenie KKMtech Sp. z o.o. z dn. 2 października 2019 r. (Załącznik nr 3), Oferta Luksiona Poland S.A. z dn. 5 sierpnia 2019 r. (Załącznik nr 4), Oferta Luxiona Poland S.A. złożona P.H.U.E. Gras s.c. T. S., G. W. (Załącznik nr 5) Izba wskazała, iż okoliczności dowodzone na ich podstawie nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania.

Izba nie odniosła się do podniesionych podczas rozprawy zarzutów, dotyczących uzasadnienia faktycznego dla odrzucenia oferty Odwołującego oraz opisu parametrów technicznych w SIWZ dla oprawy E1, bowiem zarzuty te nie zostały podniesione w odwołaniu. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowanie odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) i pkt 2) 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), wskazując że do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się m.in. wynagrodzenie pełnomocników w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Wobec braku złożenia przez Zamawiającego do akt sprawy rachunku tytułem wynagrodzenie pełnomocnika, Izba nie mogła zaliczyć kosztu wynagrodzenia pełnomocnika do kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:.....