Sygn. akt KIO 2891/20

WYROK

z dnia 30 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Pollight Sp. z o.o., Al. J. Ch. Szucha 11 B lok. H2, 00-580 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Sandomierz, Pl. Poniatowskiego 3, 27-600 Sandomierz**

orzeka:

oddala odwołanie,

kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Pollight Sp. z o.o., Al. J. Ch. Szucha 11 B lok. H2, 00-580 Warszawa** i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Pollight Sp. z o.o., Al. J. Ch. Szucha 11 B lok. H2, 00-580 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

zasądza od wykonawcy **Pollight Sp. z o.o., Al. J. Ch. Szucha 11 B lok. H2,00-580 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Gminę Sandomierz, Pl. Poniatowskiego 3,27-600 Sandomierz** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 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 Kielcach.

Przewodniczący: ……...

U z a s a d n i e n i e

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Gminę Sandomierz (dalej „zamawiający") na zadanie „*Modernizację miejskiego oświetlenia ulicznego na energooszczędne na ternie Miasta Sandomierz etap II*" wykonawca Pollight sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „odwołujący") złożył odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego, zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp"]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3, poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego z postępowania z powodu, iż treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ"), podczas gdy oferta odwołującego w całości jest zgodna z treścią SIWZ i spełnia wszystkie wymagania zamawiającego,
2. art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 7, poprzez ich zastosowanie, podczas gdy nie zachodzą przesłanki pozwalające na dokonanie unieważnienia postępowania, gdyż w postępowaniu została złożona oferta przez odwołującego, która nie podlega odrzuceniu,
3. art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez ich nie zastosowanie i nie dokonaniu wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy odwołujący nie podlega wykluczeniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu i nie zachodzą inne przesłanki uniemożliwiające dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, a oferta odwołującego jest jedyną złożoną ofertą w postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
3. dokonania powtórnej czynności badania i oceny oferty odwołującego,
4. wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący podał, że w postępowaniu pozostała jedynie oferta odwołującego.

Podał także, że 27 lipca 2020 r. zamawiający wezwał go, na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, do złożenia oświadczeń oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia zgodnie z SIWZ pkt VII ppkt 5, 5a, 5b, 6.

Oświadczył, że 7 sierpnia 2020 r. przesłał zamawiającemu wymaganą dokumentację, po czym 26 sierpnia 2020 r. zamawiający przesłał do Odwołującego wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia:

- próbki oprawy ulicznej o mocy nominalnej zasilacza 100 W w miejsce złożonej 110 W,
- próbki oprawy ulicznej o mocy nominalnej zasilacza 150 W w miejsce złożonej 165 W,
- próbki oprawy ozdobnej i parkowej z układem przeciwprzepięciowym 10kV/5kA, układem umożliwiającym zdalne sterowanie,
- certyfikatów ENEC oprawy ulicznej, parkowej i ozdobnej z listą komponentów jednoznacznie wskazującą na możliwość zdalnego sterowania oprawami,
- załącznika do certyfikatu ENEC oprawy parkowej i ozdobnej z listą komponentów,
- kart katalogowych, specyfikacji technicznych oraz opisów systemu sterowania, umożliwiających weryfikację systemu sterowania z wymogami SIWZ,
- próbek systemu sterowania kompatybilnych z oprawami oraz ujętych w Certyfikacie ENEC,
- kart katalogowych, specyfikacji technicznych oraz opisu nadążanego systemu kompensacji mocy biernej,
- informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej.

Podał, że w wezwaniu z 26 sierpnia 2020 r. zamawiający wskazał, że przekazane próbki dla opraw ulicznych ST-52 o mocy zasilacza 110 W oraz 165 W są nieprawidłowe, gdyż zgodnie z ofertą odwołującego zasilacze te winny być o mocy odpowiednio 100 W oraz 150 W – zgodnie z treścią załącznika nr 3b.

Oświadczył, że 7 września 2020 r. odpowiedział na wezwanie Zamawiającego i przesłał wymagane dokumenty,

wskazując jednocześnie, że wezwanie w zakresie przekazania próbki oprawy ozdobnej i parkowej z układem umożliwiającym zdalne sterowanie jest nieuprawnione jako wykraczające poza zakres próbki zgodnie z SIWZ.

Wskazał, że 26 października 2020 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ i unieważnił postępowanie.

W odniesieniu do naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że w swojej odpowiedzi z dnia 7 września 2020 r. wskazał, iż doszło do omyłki podczas wypełniania załącznika numer 3b Kalkulacja ceny oferty (dalej „kalkulacja") – w kolumnie „Parametry techniczno-użytkowe opraw oraz ich zasilaczy" – „Moc nominalna zasilacza" zamiast 100 W oraz 150 W winno znajdować się odpowiednio 110 W oraz 165 W.

Podkreślił, że na wcześniejszym etapie postępowania nigdzie nie deklarował oferowania zasilaczy MOONS (jak twierdzi zamawiający), nie posługiwał się kartami katalogowymi zasilaczy MOONS, które mogły by sugerować, że to te zasilacze stanowiły zasilacze dla opraw. Stwierdził, że od początku oferował nie zasilacze, a oprawy spełniające wszystkie wymagania SIWZ, na potwierdzenie czego przedstawił zamawiającemu próbki oferowanego przedmiotu.

Podniósł, że zamawiający nie wskazał jakiegokolwiek wymagania względem mocy nominalnej dla zasilaczy.

Oświadczył, że w treści odpowiedzi na wezwanie zamawiającego potwierdził, że przedstawione próbki opraw ulicznych o mocy zasilaczy 110 W oraz 165 W spełniają wszystkie wymagania zamawiającego stawiane oprawom oraz ich zasilaczom.

Stanął na stanowisku, że zostało potwierdzone, że przedstawione próbki opraw wyposażone w zasilacze o mocy 110 W oraz 165 W nie wypływają na zainstalowaną moc wszystkich oferowanych opraw (suma mocy rzeczywistej wszystkich opraw bez uwzględnienia tzw. zmiennego profilu mocy oprawy, tj. reedukacji mocy oprawy w cyklu 24 godzinnym, jest nie większa niż 105,03 kW), spełniają wymagania normy PN-EN 13201:2016, spełniają parametry określone przez zamawiającego w SIWZ, PF zasilacza oprawy dla mocy znamionowej zasilacza, przed jego zaprogramowanie wynosi > 0,95, a po jego zaprogramowaniu > 0,94.

Wskazał, że dodatkowym potwierdzeniem spełniania wymagań przez zaoferowane przez niego zasilacze jest fakt, iż zamawiający nie zakwestionował w swoim uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego spełniania któregokolwiek z wymaganych przez zamawiającego parametrów, a jedyny zakwestionowany parametr jest parametrem mocy, który nie był wymagany dla potwierdzenia zgodności z SIWZ i nie powoduje, że oferowany przedmiot jest lub też nie jest zgodny z SIWZ.

Zdaniem odwołującego parametr ten również nie definiuje oferowanego przedmiotu, którym jest kompleksowe rozwiązanie spełniające wszystkie wymagane parametry.

Podkreślił, że zamawiający nie podał informacji, w jaki inny sposób odwołujący nie spełnił wymagań zamawiającego określonych w SIWZ.

Uznał, że Zamawiający nie powinien mieć jakichkolwiek problemów, aby wykazać, którego dokładnie wymagania zamawiającego oferta odwołującego nie spełnia; zamawiający wskazał jedynie, że przekazane próbki odwołującego są inne niż określone przez odwołującego w Kalkulacji, co nie jest zgodne z prawdą, gdyż – zdaniem odwołującego – nie podawał ani nie był zobowiązany do wskazania typu oferowanego zasilacza.

Oświadczył, że w Kalkulacji omyłkowo wskazał, iż moce zasilaczy to 100 W oraz 150 W, natomiast nie wskazywał żadnego typu ani modelu zasilacza. Ocenił, że omyłka ta nie wpływa w żadnym stopniu na poprawność złożonej oferty, spełnianie warunków udziału w postępowaniu i zgodność z SIWZ.

Podniósł, że to na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, który dokładnie z wymogów SIWZ nie został spełniony przez odwołującego oraz „istotność" dokonywanej zmiany. Uznał, że zarówno w informacji (zawiadomieniu) o odrzuceniu oferty jaki i w całej treści odpowiedzi na odwołanie nie ma jakiejkolwiek wzmianki o parametrze, który jest niezgodny z treścią wymagań SIWZ w zakresie zasilaczy czy opraw, które to stanowią przedmiot.

Podniósł, że brak określonego warunku w zakresie mocy nominalnej zasilaczy nie może powodować, iż zamawiający na tej podstawie dokonuje oceny oferty odwołującego, a następnie odrzuca jego ofertę; takie działanie zamawiającego jest sprzeczne z przepisami ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego zamawiający, dokonując odrzucenia oferty odwołującego nie wykazał podstawy faktycznej i prawnej stanowiącej podstawę tych czynności, zaś przedstawiona argumentacja jest lakoniczna i pozbawiona waloru merytoryczności.

Odwołujący stanął na stanowisku, że na gruncie niniejszej sprawy nie można mówić o niedozwolonej zmianie treści oferty przez odwołującego. Podniósł, że zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt ustawy Pzp zamawiający nie może dokonywać jakichkolwiek poprawek, ale poprawek powodujących istotne zmiany w treści całej oferty oraz, że ustawodawca zobowiązał zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do kwestii dotyczącej złączki WAGO odwołujący podniósł, że zamawiający w zakresie opraw ozdobnych oraz parkowych (tabela numer 6 i 7) wymagał, aby wykonawca dostarczył jedynie karty katalogowe potwierdzające opcje sterowania oprawą i redukcji mocy, tym samym wezwanie do złożenia próbek w tym zakresie było bezprzedmiotowe i bezpodstawne.

Oświadczył, że pomimo tego przekazał zamawiającemu sterowniki dla oferowanych opraw wraz z gniazdami typu NEMA do montażu zewnętrznego, poza oprawą.

Oświadczył, że sterowniki nie są integralna częścią opraw, a jedynie doposażeniem, które jako nie wymagane w ramach próbek nie było pierwotnie dostarczone i zainstalowane.

Podał, że 7 września 2020 r. w siedzibie zamawiającego doposażył oprawy w sterowniki, za zgodą zamawiającego, który przedmiotowe próbki udostępnił właśnie w tym celu. Oświadczył także, że dokonał tego podłączenia w warunkach lokalnych zamawiającego w sposób nie powodujący bezpośredniej ingerencji w próbkę, w celu wyeliminowania zarzutu dokonywania modyfikacji próbki. Ocenił, że czynność tę wykonał, mając na celu zachowanie pełnej transparentności i wykazania, że przedmiotowe oprawy w pełni współdziałają ze sterownikami. Uzupełnił, że jedynie w celu możliwości potwierdzenia, iż jest możliwe podpięcie tych sterowników do opraw, podpiął je łączkami WAGO serii 221, jednak sposób ich podpięcia nie był przedmiotem oceny zamawiającego i nie jest to docelowy sposób dokonywania połączenia tych dwóch, osobnych elementów.

Podał, że w trakcie realizacji zamówienia elementy te są montowane w ramach montażu na słupie, który w tych warunkach w ramach próbek nie był wymagany; kabel może być podłączany bezpośrednio do oprawy lub z wykorzystaniem technicznie stosowanych zgodnych ze sztuką i normami rozwiązań instalacyjnych stosowanych na etapie instalacji z zachowaniem szczelności IP66.

Uzupełnił, że nigdzie nie deklarował, że kostka WAGO jest próbką łącza w związkuz czym w warunkach

instalacyjnych odwołujący nie będzie wykorzystywał złączek WAGO serii 221; dokonał podpięcia za pomocą złączek WAGO serii 221, gdyż tylko na to pozwalały warunki udostępnione u zamawiającego, bez ingerencji bezpośrednio w próbkę wymaganą.

W odniesieniu do naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu została złożona przez odwołującego oferta, która nie podlega odrzuceniu toteż zamawiający nie może unieważnić postępowania jeśli w postępowaniu została złożona oferta nie podlegająca odrzuceniu.

W odniesieniu do naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący stwierdził, że zgodnie z przedstawioną argumentacją i stanowiskiem, oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, w związku z czym zamawiający nie ma możliwości dokonania unieważnienia postępowania ze względu na brak ofert nie podlegających odrzuceniu – skoro oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, postępowanie nie może zostać unieważnione, zamawiający winien dokonać wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej; oferta odwołującego spełnia wszelkie wymagania zamawiającego, mieści się w budżecie zamawiającego, jest ważna, a odwołujący nie podlega wykluczeniu. Uzupełnił, że jest to obecnie jedyna oferta w związku z czym zamawiający jest zobowiązany do dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej czego nie uczynił.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 10 listopada 2020 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, „Odpowiedzi na odwołanie" – pismo zamawiającego z dnia 25 listopada 2020 r., a także oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, czego zamawiający nie kwestionował.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut bezpodstawnego odrzucenie oferty odwołującego z postępowania z tego powodu, iż treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, podczas gdy oferta odwołującego w całości jest zgodna z treścią SIWZ i spełnia wszystkie wymagania zamawiającego, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z opracowanym przez zamawiającego wzorem „Formularza oferty" (załącznik nr 3 do SIWZ) wykonawcy mieli obowiązek podać w pkt. 6) – dla oferowanej oprawy m.in. nazwę i typ oprawy oraz moc dla jakiej jest przeznaczona, o czym przesądza treść: „*6) oferujemy oprawy: (należy podać nazwę i typ oprawy, moc dla jakiej jest przeznaczona, informację czy jest wyposażona w (….)*".

Nadto zgodnie z opracowanym przez zamawiającego wzorem „Formularza kalkulacji ceny oferty" (preliminarz dostaw z instalacją – załącznik nr 3a do SIWZ oraz koszty kwalifikowane – załącznik nr 3b) wykonawcy mieli obowiązek podać nazwę, typ oprawy oraz nazwę producenta.

W odniesieniu do opraw ozdobnych i parkowych swoje wymagania zamawiający wyspecyfikował w tabelach – nr 6 (oprawy ozdobne) i nr 7 (oprawy parkowe).

W tabelach zamawiający ujął łącznie po 20 pozycji (20 wymaganych parametrów), podając każdorazowo w kolumnie „*Dowód spełnienia wymagania*", że dowodem tym ma być albo tylko karta katalogowa – KT (np. pozycja 2 obu tabel – kolor oprawy), albo karta katalogowa i próbka (np. pozycji 1 obu tabel – konstrukcja oprawy, albo sprawozdanie z badań (inny dokument równoważny (np. pozycja 19 obu tabel), albo „OW" (pozycja 20 obu tabel – gwarancja producenta na oprawę). Obowiązek złożenia kart katalogowych i jednocześnie próbek dotyczył 9 pozycji obu tabel: 1, 3, 4, 6, 8, 9, 12-14,

Jednym z wymaganych – pozycja 18 obu tabel – był parametr: „*Opcja sterowania oprawą i redukcji mocy. – System indywidualnej komunikacji i sterowania oprawami z możliwością zdalnego przeprogramowywania amplitudy i czasu redukcji mocy, zgodny ze szczegółowym opisem dotyczącym sterowania*" dokonał oceny oferty odwołującego.

Zamawiający w kolumnach obu tabel „*Dowód spełnienia wymagania*" – w pozycjach 18, wskazał „KT".

Odwołujący oświadczył w złożonym przez siebie ….,: *6) oferujemy oprawy (…) ST-52 100W (MOCE: 41W; 42W; 43W; 45W; 46W; 48W; 49W; 50W; 52W; 53W, 57W;63W; 67W; 70W) ST-150W (MOC: 134W).*

Nadto wskazał w wielu pozycjach wypełnionego załącznika nr 3a i 3b (formularz kalkulacji ceny oferty) oprawy ST-52 100 W i ST-52 150 W – odpowiednio: 80, 81, 84, 87 oraz 42, 44, 45, 73-75, 105, 106, 113, 119, 137, 139).

Poza sporem był fakt, że odwołujący złożył zamawiającemu próbki opraw ST-110 W i ST-165 W [choć w piśmie z 8 lipca 2020 r., będącym odpowiedzią na wezwanie zamawiającego z 27 lipca 2020 r., odwołujący oświadczył, że dostarczył próbki ST-52-100 W (moc zaprogramowana 97W) oraz ST-150 (moc zaprogramowana 134)].

Zamawiający w wezwaniu do odwołującego z dnia 26 sierpnia 2020 r. wskazał: *„Niezgodnie z ofertą, złożone zostały wszystkie próbki opraw – Wykonawca dostarczył wzory opraw (…) 3. Oprawa uliczna ST-52 moc zasilacza osram 110W zaprogramowana na moc 97W 4. Oprawa uliczna ST-52 moc zasilacza Osram 165W zaprogramowana na moc 143W (…) dwa typoszeregi nie są zgodne ze złożoną ofertą. Są to: 1. Oprawa uliczna ST-52 moc zasilacza osram 110W zaprogramowana na moc 97W 2. Oprawa uliczna ST-52 moc zasilacza Osram 165W zaprogramowana na moc 134W. W ofercie Wykonawcy dla tych dwóch typoszeregów występuje zasilacz o mocy nominalnej odpowiednio 100 W oraz 150 W. Wykonawca powinien złożyć oprawy uliczne z zasilaczami 100 W oraz 150 W a nie 110 W oraz 165 W.*"

W piśmie z dnia 7 września 2020 r., będącym odpowiedzią na wezwanie zamawiającego z 26 sierpnia 2020 r., odwołujący oświadczył: *„(…) wyjaśniamy, że w ramach oferty zaoferowane są oprawy wyposażone w zasilacz OSRAM i Moons odpowiednio: (…) 1.3. Oprawa uliczna ST-52 moc zasilacza OSRAM 110W zaprogramowana na moc 97W 1.4. Oprawa uliczna ST-52 moc zasilacza OSRAM 165W zaprogramowana na moc 134W (…)*"

W dalszej części pisma z 7 września 2020 r. odwołujący oświadczył, że „*w trakcie wypełniania formularza tabeli załącznik nr 3b, nastąpiła omyłka w ramach podanej mocy nominalnej zasilacza tj. 100W oraz odpowiednio 150W.*

Właściwa dla oferty jest moc wynikająca ze złożonych próbek, a omyłka polegająca na niewłaściwym przepisaniu z karty katalogowej do formularza wartość mocy w dwóch pozycjach w ramach załącznika 3b jest nieistotną omyłką, niepowodującą zmiany treści oferty.(…) Podkreślenia wymaga, że Wykonawca od początku zakładał produkty zgodnie z przekazanymi próbkami a przedmiotowej omyłki nie wychwycił na wcześniejszym etapie."
Pismem z dnia 26 października 2020 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – ze względu na odrzuceniu wszystkich ofert w części Il zamówienia.

Zamawiający w następujący sposób uzasadnił odrzucenie oferty odwołującego: „*Wykonawca firma Pollight na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 pzp w dn. 07.09.2020r. złożył wymagane dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, ale z tych dokumentów i złożonych próbek nie wynika, że dostawa spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.*
W związku z tym, oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Złożone oświadczenia i dokumenty nie potwierdziły spełnienia wymagań określonych przez zamawiającego w SIWZ. Oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagania określone przez zamawiającego należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Oznacza to, że zadeklarowana przez Wykonawcę treść oferty musi znaleźć potwierdzenie w dokumentach składanych przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. W konsekwencji brak takiego potwierdzenia jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ.
Wykonawca dokonał niedozwolonej zmiany w treści oferty złożonej w pierwszym etapie postępowania, przyznając, że oferta zawierała omyłkę w zakresie podanej mocy nominalnej zasilacza tj. 100W oraz odpowiednio 150W, stwierdzając że właściwa dla oferty jest moc wynikająca ze złożonych próbek. W ten sposób dostosował ofertę do próbek, a powinno być odwrotnie. Czyli próbki powinny potwierdzać złożoną ofertę.
Zgodnie z treścią art. 87 ust. 2 ustawy pzp tylko Zamawiający jest uprawniony do ingerowania w treść oferty poprzez czynność poprawienia oferty w ściśle enumeratywnie określonym zakresie, tj. poprzez: 1) poprawienie oczywistych omyłek pisarskich, 2) oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym Wykonawcę, którego oferta została poprawiona.
Złożona oferta oraz wraz nią pozostałe dokumenty nie umożliwiały Zamawiającemu do wprowadzenia zmian, o których w wyjaśnieniu do uzupełnienia i poprawienia dokumentów pisze Wykonawca. Przyznając jednocześnie, że jest to jego omyłka. Omyłka przy tym nie jest oczywista i w przeciwieństwie do tego co sugeruje Wykonawca, ma szerszy charakter niż wynikałoby to z wyjaśnienia. Zaproponowane w ofercie zasilacze opraw w założeniu miałyby być produkowane przez MOONS na co wskazuje moc nominalna, natomiast wprowadzona przez Wykonawcę zmiana prowadzi, że zostały zamienione na producenta OSRAM, jakw złożonych próbkach opraw. Wniosek taki wynika z treści przedłożonych certyfikatów ENEC, gdzie wykazane są moce nominalne zasilaczyMOONS oraz innych producentów, jednoznacznie wskazujące, że wykonawca w ofercie umieścił zasilacz producenta MOONSa nie tego, który został złożony w próbce oprawy. Wykonawca nie dokonał poprawienia tego błędu pomimo możliwości jaką otrzymał od Zamawiającego.
Wykonawca w wyżej opisanym zakresie nie poprawił dokumentów, do której to czynności został wezwany.
Wykonawca dokonał w siedzibie Zamawiającego niedozwolonej modyfikacji ozdobnych i parkowych - poprzez połączenie oprawy z gniazdem NEMA i zainstalowanie sterownika Orange za pomocą złączek WAGO serii 221, które to przeznaczone są do instalacji wnętrzowych w zastosowaniach domowych. Karta katalogowa złączek WAGO serii 221 nie podaje parametru IP, co oznacza, że stopień szczelności złączki jest poniżej IP 20, przy wymaganej SIWZ - IP 66.
Cytując treść Orzeczenia technicznego BBJ nr 01 dla badanej oprawy ST 52, ST 52 N, strona 11 pkt jest: Zastosowane złącza nie mogą mieć niższych parametrów niż parametry opraw oświetleniowych".
Wykonawca w wyżej opisanym zakresie nie poprawił dokumentów, do której to czynności został wezwany a złożone próbki opraw i systemu sterowania nie spełniają wymagań określonych w SIWZ w zakresie stopnia szczelności IP 66 ze względu na zastosowanie złącza WAGO 221 bez stopnia szczelności."

Skład orzekający lzby zważył, co następuje.
Przypomnienia wymaga w pierwszej kolejności, że zgodnie z przepisem art. 84 ust. 1 ustawy Pzp „*Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę*."
Powyższym przepisem ustawodawca umożliwił wykonawcy zmianę złożonej już zamawiającemu oferty, ale jedynie przed upływem terminu składania ofert, ustanawiając tym samym zakaz (wnioskowanie a contrario) dokonywania jakichkolwiek zmian przez wykonawcę po upływie terminu składania ofert.
Bez wątpienia w złożonej zamawiającemu ofercie (przed terminem składania ofert) – w wypełnionych załącznikach nr 3, 3a i 3b odwołujący zaoferował oprawy z zasilaczami: ST-52 100 W oraz ST-150W – takie wszak (a nie ST-110W i ST-165W) wpisał w swoje formularze.
Jak trafnie podniósł zamawiający już w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, po terminie składania ofert, ingerencji w oferty wykonawców może dokonać jedynie zamawiający, o ile zachodzi jeden z przypadków przewidzianych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.
Odwołujący, o czym świadczy wskazanie naruszenia przez zamawiającego – obok przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, uznał, że w treści jego oferty wkradła się omyłka, o której mowa w tym przepisie, tj. „*inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty*".
Podnieść jednak należy, co potwierdził sam odwołujący, że zamawiający nie wskazał w SIWZ względem mocy nominalnej zasilaczy opraw żadnych wymagań („*Z powyższego wynika, że Zamawiający nie wskazał jakiegokolwiek wymagania względem mocy nominalnej dla zasilaczy*." – str. 7 odwołania pkt 8).
Oznacza to brak w SIWZ narzuconej przez zamawiającego mocy nominalnej zasilaczy opraw, a tym samym brak w SIWZ treści, do zgodności z którą należałoby doprowadzić w tym zakresie ofertę odwołującego. Przesądza to jednocześnie o tym, że przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający nie mógł w tym przypadku zastosować (kwestia oceny istotności ewentualnej zmiany treści oferty jest tym samym bezprzedmiotowa).

Podkreślenia wymaga, że zamawiający, będąc do tego uprawnionym na podstawie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zażądał w

SIWZ, na potwierdzenie, że oferowane przez odwołującego dostawy spełniają wymagania zamawiającego, złożenia – w zależności od parametru – wskazanych dokumentów, próbki albo i dokumentu (karta katalogowa), i próbki.
W sytuacji, gdy złożone przez odwołującego próbki nie były próbkami zaoferowanych opraw ST-52 100 W i ST-52 150 W, ale próbkami opraw ST-52 110 W i ST-52 165 W zamawiający zasadnie uznał, że próbki te nie mogą potwierdzać wymaganych parametrów (niezależnie od tego, o którym parametrze by była mowa) i ofertę odwołującego ma obowiązek odrzucić. Obowiązkiem wykonawcy było wykazanie, że zaoferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego w sposób przewidziany w SIWZ, tj. wykazanie, że zaoferowane oprawy są ooczekiwanych przez zamawiającego parametrach/cechach, poprzez złożenie zamawiającemu próbek, które to potwierdzą. Odwołujący nie składając próbek dotyczących zaoferowanych opraw, nie mógł wykazać – zgodnie ze sposobem weryfikacji wskazanym w SIWZ, że są to oprawy o oczekiwanych przez zamawiającego parametrach/cechach.

W odniesieniu do kwestii zaniechania wskazania przez zamawiającego podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia oferty odwołującego, lakoniczności argumentacji i oceny przez odwołującego, że jest pozbawiona waloru merytoryczności, skład orzekający Izby zauważa, że odwołujący błędnie oczekiwał okoliczności faktycznych odrzucenia jego oferty tak jakby zaoferował oprawy ST-52 110 W i ST-52 165 W, co nie jest prawdą.

Nie sposób także oczekiwać od zamawiającego, aby odnosił się do każdego wymaganego parametru i wskazywał, że oferta odwołującego nie spełnia tych wymagań w sytuacji, gdy takie odniesienie się uniemożliwiało złożenia przez odwołującego próbek, które nie mogły stanowić podstawy takiej oceny. Skoro to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ w sposób przewidziany przez zamawiającego w tejże SIWZ – w tym przypadku także poprzez złożenie próbek, a odwołujący takich próbek nie złożył, to uznać należało, że obowiązkowi temu nie sprostał.

W konsekwencji ofertę odwołującego należało odrzucić, co zamawiający uczynił.
W odniesieniu do uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego w części dotyczącej niedozwolonej modyfikacji opraw ozdobnych i parkowych skład orzekający Izby podnosi, że zamawiający sprzecznie z przewidzianym przez siebie w SIWZ sposobem oceny ofertw zakresie wymaganego parametru: „*Opcja sterowania oprawą i redukcji mocy. – System indywidualnej komunikacji i sterowania oprawami z możliwością zdalnego przeprogramowywania amplitudy i czasu redukcji mocy, zgodny ze szczegółowym opisem dotyczącym sterowania*” dokonał oceny oferty odwołującego.
Zamawiający przewidział bowiem w Tabeli 6 poz. 18 Specyfikacji opraw ozdobnych oraz w Tabeli 7 poz. 18 Specyfikacja opraw parkowych, że dowodem spełnienia wymagania będzie karta katalogowa, nie zaś próbka.
W konsekwencji skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że zakwestionowana przez zamawiającego modyfikacja opraw złożonej przez odwołującego próbki – złożonej w innych celach niż potwierdzenie parametru dotyczącego sterowania oprawą – niezależnie od oceny, czy rzeczywiście modyfikacja taka miała miejsce, nie mogła być podstawą oceny oferty odwołującego w zakresie tego parametru, a tym samym podstawą odrzucenia oferty odwołującego ze względu na niezgodność treści oferty odwołującego w zakresie tego parametru z treścią SIWZ.
Dostrzec jednocześnie należy – co istotne, że zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego wskazał także – iż „*Wykonawca w wyżej opisanym zakresie nie poprawił dokumentów, do której to czynności został wezwany (…)*” – tj. wskazał, że nie miał możliwości potwierdzenia zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ poprzez dokumenty (tu: karty katalogowe opraw ozdobnych i parkowych).
Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut bezpodstawnego unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy w postępowaniu została złożona oferta odwołującego, która nie podlega odrzuceniu, czym zamawiający naruszył przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Pismem z dnia 26 października 2020 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – ze względu na odrzuceniu wszystkich ofert w części II zamówienia.

Zarzut został oparty na twierdzeniu, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, wobec czego – ze względu na to, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wskazany przez zamawiającego jako podstawa unieważnienia postępowania, przewidujący obowiązek unieważnienia postępowania jedynie w przypadku, gdy nie złożono żadnej niepodlegającej odrzuceniu oferty – zamawiający dysponuje w postępowaniu jedną ofertą i postępowanie to nie może zostać unieważnione.

Wobec uznania przez skład orzekający Izby, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego w konsekwencji uznać należało, że zamawiający nie dysponuje w tym postępowaniu żadną, niepodlegającą odrzuceniu ofertą i miał obowiązek jego unieważnienia na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Tym samym zarzut się nie potwierdził.

Zarzut zaniechania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej podczas gdy odwołujący nie podlega wykluczeniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu i nie zachodzą inne przesłanki uniemożliwiające dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, a oferta odwołującego jest jedyną złożoną ofertą w postępowaniu nie podlegającą odrzuceniu, czym zamawiający naruszył przepis art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Pismem z dnia 26 października 2020 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut został oparty na twierdzeniu, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, wobec czego – ze względu na to, że oferty innych wykonawców zostały już wcześniej skutecznie odrzucone, a cena ofertowa odwołującego „*mieści się w budżecie Zamawiającego*” – winna zostać wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Wobec uznania przez skład orzekający Izby, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego w konsekwencji uznać należało, że oferta odwołującego nie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a tym samym, że zarzut się nie potwierdził.

Skoro nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalać odwołanie.

Skład orzekający Izby pominął złożone przez odwołującego na rozprawie, jako złożone jedynie dla zwłoki, dokumenty.

Po pierwsze, dotycząc one opraw z zasilaczami innych niż zaoferował odwołujący.

Po wtóre, nie dysponował nimi zamawiający dokonując oceny oferty odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz lit. b) 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).

Przewodniczący:……