Sygn. akt: KIO 110/20

WYROK

z dnia 4 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2020 r. przez wykonawcę LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze przy ul. Gorzowskiej 11 prowadzonym przez zamawiającego Gminę Suchy Las z siedzibą w Suchym Lesie przy ul. Szkolnej 13;

przy udziale wykonawcy ENEA Oświetlenie Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie przy ul. Ku Słońcu 34 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - w zakresie części B prowadzonego postępowania: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowne badanie i ocenę ofert połączoną z odrzuceniem oferty wykonawcy ENEA Oświetlenie Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie przy ul. Ku Słońcu 34 na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zakresie zarzutu dotyczącego żywotności zaoferowanych opraw BGP 284.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gminę Suchy Las z siedzibą w Suchym Lesie przy ul. Szkolnej 13 i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze przy ul. Gorzowskiej 11 tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od zamawiającego Gminy Suchy Las z siedzibą w Suchym Lesie przy ul. Szkolnej 13 na rzecz wykonawcy LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze przy ul. Gorzowskiej 11 kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 Poznaniu.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 110/20

Uzasadnienie

Gminę Suchy Las z siedzibą w Suchym Lesie przy ul. Szkolnej 13 (dalej: „Zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.), zwanej dalej: „ustawą" lub „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Suchy Las wraz z zapewnieniem finansowania"

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 września 2019 r. pod nr 599411-N-2019.

Pismem z dnia 15 stycznia 2020 r. Zamawiający, w formie elektronicznej, poinformował wykonawców o wynikach postępowania w Zadaniu B - za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy ENEA Oświetlenie Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie przy ul. Ku Słońcu 34 (dalej: „ENEA", „Enea" lub „Przystępujący"), co zostało zaskarżone przez wykonawcę LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze przy ul. Gorzowskiej 11 (dalej: „Odwołujący" lub „LUG") odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba" lub „KIO") w dniu 20 stycznia grudnia 2020 r.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej w zakresie Części B Zamówienia. zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujący przepisów ustawy:

1. art. 7 ust. 1 Pzp w zakresie naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania strony;

2. art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty ENEA podczas, gdy oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu,

3. art. 82 ust. 3 Pzp przez uznanie przez Zamawiającego, iż oferta ENEA odpowiada treści SIWZ, gdy w rzeczywistości oferta ta była niezgodna z treścią SIWZ;

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez nieodrzucenie oferty ENEA jako oferty niegodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ" lub „specyfikacja").

Odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie odwołania w całości,

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty ENEA jako niespełniającej wymogów SIWZ,

- nakazanie powtórnego wybór oferty najkorzystniejszej i wybór oferty Odwołującego

jako najkorzystniejszej,

- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

1.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podniósł, że w wyniku analizy oferty ENEA stwierdził niezgodności oferty wykonawcy z treścią SIWZ, polegające na tym, że wykonawca ten, w obliczeniach zrealizowanych w celu wykazania spełnienia warunków ustalonych przez Zamawiającego w SIWZ, przyjął współczynnik konserwacji wynoszący 0,81 w miejsce 0,80, zastosowanego przez Zamawiającego w specyfikacji technicznej (strona 4) stanowiącej załącznik nr 1B - Opis przedmiotu zamówienia (Część B). Zdaniem Odwołującego w takiej sytuacji należało uznać, że ENEA dokonał zmian w dokumentacji projektowej, która to zmiana nie była w żaden sposób konsultowana z Zamawiającym, jak również nie została uzasadniona w dokumentacji projektowej złożonej przez ENEA.

Odwołujący wyjaśniał, że obliczenia projektowe dokonane przez niego wskazują, iż w przypadku zastosowania współczynnika konserwacji wynoszącego 0,80, tj. zgodne z założeniami projektowymi przyjętymi przez Zamawiającego i wprost wskazanymi w załącznikach do SIWZ, powodują niespełnienie warunków normatywnych i projektowych przez zaoferowane przez ENEA oprawy uliczne. Na dowód słuszności prezentowanej tezy Odwołujący przedstawiał wyniki wykonanych obliczeń dla sytuacji: 8. Złotniki ul. Pieczarkowa p.4: Alternatywa 1; 2. Zielątkowo ul. Sportowa: Alternatywa 2; 2. Zielątkowo ul. Zielona: Alternatywa 3. Zdaniem Odwołującego wykonawca ENEA dokonał nieuprawnionej zmiany warunków ustalonych w SIWZ przez Zamawiającego w celu uzyskania wyników realizujących wymagania norm. Dokonana zmiana miała na celu wyłącznie spełnienie wymagań normatywnych stawianych oświetleniu ulicznemu, jednocześnie przecząc całkowicie interesowi Zamawiającego oraz zasadom równości traktowania i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazywał, że prawidłowa realizacja zadania, tj. wykonanie zamówienia publicznego zgodnie z kryteriami opisanymi przez Zamawiającego (również w zakresie zastosowania współczynnika konserwacji ustalonego na poziomie 0,80) oraz spełnienia norm oświetlenia ulicznego będzie wymagało zastosowania opraw o większej mocy, co przełoży się końcowo na wyższą cenę dla Zamawiającego lub też na obniżenie poziomu bezpieczeństwa w przypadku zastosowania opraw niepoprawnie zamieszczonych w projekcie złożonym przez ENEA. W każdym z tych przypadków zagrożone będzie dobro Zamawiającego, który zmuszony będzie nabyć oprawy droższe lub godzić się na użytkowanie oświetlenia ulicznego niespełniającego norm, co w konsekwencji może skutkować pojawieniem się roszczeń użytkowników drogi względem Zamawiającego. Nieuprawniona zmiana parametrów ustalonych i wyznaczonych przez Zamawiającego w SIWZ oraz załącznikach, w ocenie Odwołującego pozostawała również w związku kolejnym zarzutem, tj. zarzutem dotyczącym rażąco niskiej ceny. Poprzez zastosowanie innego współczynnika konserwacji (mniejszego zapasu) wykonawca ENEA mógł zaoferować urządzenia oświetleniowe o niższej mocy a tym samym tańsze niż te, które należałoby zaoferować zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

2.

Następnie Odwołujący podnosił, że w toku postępowania Zamawiający wezwał wykonawcę ENEA do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę. W ocenie Odwołującego pismo z wyjaśnieniami datowane na dzień 12 grudnia 2019 r. nie zawierało absolutnie żadnych elementów, które potwierdzałyby, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Swoje wyjaśnienia wykonawca ENEA oparł wyłącznie na wskazaniu współpracy z producentami oświetlenia oraz słupów, nie dołączając żadnej oferty, umowy ramowej ani innego dokumentu, który potwierdzałby podnoszone przez wykonawcę ENEA okoliczności, w szczególności uwiarygadniał ceny materiałów przyjęte w kosztorysie ofertowym. Zdaniem Odwołującego samo zaś wskazanie na współpracę nie stanowi dostatecznego uzasadnienia dla uznania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska w rozumieniu przepisów Pzp.

Następnie Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowej sytuacji wyjaśnienia nie tylko nie zawierają żadnych dowodów na przytoczone przez wykonawcę ENEA okoliczności, ale również nie wyjaśniają w sposób dostateczny mechanizmów ustalenia ceny, zachowania zdrowej konkurencji czy możliwości pełnej i prawidłowej realizacji zadań, które miałyby zostać powierzone wykonawcy ENEA w ramach udzielonego zamówienia. Podczas, gdy Zamawiający w treści wezwania wprost podał, że żąda od wykonawcy udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących określonych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ponadto również wyraźnie wskazał że „brak złożenia wyjaśnień (...) spowoduje, że

Zamawiający zgodnie z zapisami art. 89 ust 1 pkt 4 w zawiązku z art. 90 ust 3 ustawy PZP, odrzuci ofertę Wykonawcy złożonej dla tej części zamówienia" Odwołujący stał na stanowisku, że pismo złożone przez wykonawcę ENEA nie zawiera wyjaśnień w zakresie w/w kwestii dlatego też oferta wykonawcy ENEA powinna zostać odrzucona.

Odwołując się do orzecznictwa Izby Odwołujący wskazywał, że w sytuacji, gdy wykonawca składa wyjaśnienia ogólne, nierzeczowe, niepoparte faktami, postępuje wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 Pzp. Miara należytej staranności oczekiwanej od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia zakłada, aby na pierwsze wezwanie Zamawiającego w sposób rzetelny wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny oferty. Zaś ponowne wezwanie wykonawcy do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, w sytuacji gdy wykonawca nie podał informacji żądanych przez zamawiającego, prowadzi bowiem do obejścia prawa i naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wobec powyższego Odwołujący twierdził, że nie sposób więc zgodzić się z tym, że złożone wyjaśnienia były wystarczające i rozwiewały poważne wątpliwości, które pojawiają się w stosunku do zaoferowanej ceny, a co za tym idzie również i możliwości wykonania zadania, w szczególności uwzględniając niski poziom dbałości o wykonanie oferty.

3.

Kolejno Odwołujący stawiał zarzut, że wykonawca ENEA w złożonej ofercie zaoferował oprawy, które nie spełniają wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ oraz załącznikach. W tej mierze wskazywał na oprawy BDP265, która posiadają klosz z PMMA, zamiast oczekiwanego przez Zamawiającego klosza z hartowanego szkła (dokument specyfikacji technicznej pn. „spec techniczna_po zm_05_II_2019.pdf z BIP). Ponadto, oprawa BGP 284 posiada żywotność ustaloną na poziomie L88 dla 100 000 godzin, natomiast Zamawiający wskazał, iż oprawy mają cechować się żywotnością na poziomie L90 dla 100 000 godzin. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący załączył karty katalogowe opraw pobrane ze strony producenta (BGP284 UniStreet gen2 oraz BDP265 TownTune Asymmetric. Zdaniem Odwołującego powyższe wprost wskazuje, że oprawy zaoferowane przez wykonawcę ENEA na potrzeby postępowania o udzielenia zamówienia publicznego nie spełniają wymagań, które zostały przez Zamawiającego sformułowane w SIWZ oraz załącznikach. Tym samym oferta sporządzona przez ENEA powinna zostać odrzucona.

Stanowisko Zamawiającego.

1. <u>Ad. zarzut w pkt 1 uzasadnienia odwołania: Zamawiający odrzuca w całości.</u>

Zamawiający wyjaśniał, że w załączniku nr 1 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia (plik: „Specyfikacja techniczna Suchy Las CZĘŚĆ B") Zamawiający zawarł na stronie 3 i 4 zapis: „Informacje dotyczące założeń projektowych", gdzie dalej zapisano: „(...)Współczynnik konserwacji przyjęto 0,8". Powyższe należy traktować jako informację dla wykonawców, a nie jako jednoznacznego wymogu. Potwierdza to sama nazwa - jest to wskazówka dla wykonawców co do przyjętych założeń projektowych dla obliczeń. Zdaniem Zamawiającego za przyjęciem takiej interpretacji przemawiają również odpowiedzi na pytanie nr 2 z dnia 05.11.2019 roku, gdzie Zamawiający wprost napisał: (...) Zapis dotyczący typu zastosowanej oprawy: parkowa/drogowa mówi o pewnej dowolności, na którą Zamawiający pozwala" i dalej „Zamawiający nie narzuca rozwiązania oświetleniowego dotyczącego przedmiotowej sytuacji Zapisy co do informacyjnego charakteru współczynnika znalazły potwierdzenie w zaktualizowanej wersji pliku „Specyfikacja techniczna Suchy Las CZĘŚĆ B" (zamieszczonych również w dniu 05.11.2019 roku"), gdzie powielono zapis: „Informacje dotyczące założeń projektowych", oraz „C..) Współczynnik konserwacji przyjęto 0,8". Zamawiający przy tym dodawał, że według wiedzy Zamawiającego przywołany wyżej współczynnik konserwacji to iloczyn kilku składowych, uzależniony od wielu czynników takich jak choćby częstotliwość czyszczenia kloszy, warunków funkcjonowania oprawy (np. zapylenia drogi przy której stoi oprawa- droga gruntowa) oraz samych parametrów technicznych opraw. Podany parametr ma niewielki wpływ na strumień świetlny (zaledwie kilka lumenów), co można uzyskać regulacją samej oprawy, przy czym nie ma to wpływu również na cenę - konstrukcja i poszczególne elementy zastosowanej oprawy są takie same. Zamawiający uznał tym samym za prawidłowe przyjęcie tego współczynnika na poziomie 0,81, co jest jednocześnie korzystne pod względem

ekonomicznym (niższe koszty eksploatacji).

2. Ad. zarzut w pkt 2 uzasadnienia odwołania: Zamawiający odrzuca w całości.

Zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia dotyczące możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny przedstawione przez ENEA na wezwanie Zamawiającego potwierdzają, ze jest możliwa realizacja zamówienia publicznego na warunkach opisanych w SIWZ oraz że zaoferowana cena nie została przez ENEA znacząco zaniżona. Zamawiający wskazywał, że oceniając wyjaśnienia wziął pod uwagę całokształt okoliczności, w tym również status i pozycję na rynku lokalnym oferenta. W przedmiotowej sytuacji Zamawiający uwzględnił wieloletnią praktykę ENEA na rynku oświetleniowym, powszechną renomę i doświadczenie potencjalnego wykonawcy. W opinii Zamawiającego przemawia za tym fakt, że wykonawca Enea to spółka należąca do Grupy Enea, która w Wielkopolsce jest liderem w zakresie branży elektrycznej i oświetleniowej (dostawca i dystrybutor energii elektrycznej oraz oświetlenia zewnętrznego). ENEA posiada bogate doświadczenie w zapewnieniu oświetlenia dróg i przestrzeni publicznej (w tym realizowanych także na terenie Gminy Suchy Las na majątku własnym). Zdaniem Zamawiającego pozwala to uwiarygodnić twierdzenie wykonawcy, że „firma nasza, jako uznana marka działająca od kilkunastu lat na rynku oświetleniowym, mogła uzyskać (...) preferencyjne warunki cenowe, zarówno u producenta słupów i producenta opraw".

Niezależnie Zamawiający dodawał, że wezwał wykonawcę do wyjaśnień w zakresie możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny, jednak powyższe nastąpiło w rezultacie porównania do szacunkowej wartości zamówienia i budżetu zadania (tj. 3 100 000 zł brutto). W opinii Zamawiającego praktyka wskazuje, że wartości szacunkowe (kosztorysy inwestorskie) w zdecydowanej większości są zawyżane (chociażby z uwagi na standardowe ceny materiałów, sprzętu i czasu niezbędnego na realizację danej czynności, bez uwzględnienia cen materiałów dostępnych dla poszczególnych wykonawców, indywidualnych rabatów czy też kompetencji i doświadczenia, pozwalających skrócić realizację zamówienia). W tej sytuacji Zamawiający w ramach ostrożności procesowej zdecydował się skorzystać z dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy, przy czym o ile cena zaproponowana przez wykonawcę ENEA stanowi ok. 59% budżetu zadania, to w stosunku do cen pozostałych złożonych ofert jest ona porównywalna (stanowi powyżej 93% średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert). Mając powyższe na uwadze Zamawiający przyjął oświadczenie ENEA o prawidłowej i rzetelnej kalkulacji ceny oferty bez zastrzeżeń.

3. Ad. zarzut w pkt 3 uzasadnienia odwołania: Zamawiający odrzuca w całości.

Zamawiający wyjaśniał, że w zamieszczonych na stronie internetowej odpowiedziach na pytania z dnia z dnia 11.10.2019 r. wyjaśnił (ostatnia odpowiedź na pytanie o oprawy parkowe), że zamieszczone w opisie przedmiotu zamówienia ilustracje są zupełnie przypadkowe i mają dać wykonawcom pogląd wyglądu produktów stosowanych na rynku. Tym samym (analogicznie do zarzutów podniesionych w pkt 1), z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie narzucał konkretnych rozwiązań pozostawiając wybór podmiotom profesjonalnie operującym na rynku oświetleniowym. Wskazano także, że w przypadku opraw parkowych, z uwagi na ich kształt, Zamawiający dopuszcza klosze z poliweglanu odpornego na UV (spełniającego wymagania mechaniczne IK08).

W zakresie spełniania współczynnika L88 zamiast L90 dla 100 tyś. godzin Zamawiający wskazywał, że dla przedstawionych typów opraw (firmy Philips) w karcie katalogowej parametr ten bywa oznaczony gwiazdką. Wynika to z faktu, że ta rodzina opraw o tej samej nazwie ma różne wielkości fizyczne opraw, i tak dla najmniejszej oprawy w rodzinie parametr L90 nie jest spełniony, natomiast dla pozostałych już tak. Niezależnie od powyższego, według najlepszej wiedzy Zamawiającego, producenci mają możliwość indywidualnego dostosowywania parametrów opraw dla konkretnego zamówienia (producenci konfigurują oprawy zgodnie ze wskazówkami i danymi kupującego), co jest powszechnie stosowaną praktyką na rynku oświetleniowym. Wobec powyższego Zamawiający uznał, że oferta wykonawca ENEA spełnia wymagania postawione w SIWZ.

Stanowisko Przystępującego.

1. Ad. zarzut w pkt 1 uzasadnienia odwołania LUG

Wykonawca Enea podnosił, że w swoich obliczeniach zrealizowanych w celu wykazania spełnienia warunków ustalonych przez Zamawiającego w SIWZ, przyjął współczynnik konserwacji wynoszący 0,81, co nie jest niezgodne z zapisami SIWZ, gdyż Zamawiający nie określił wymogu stosowania współczynnika konserwacji na poziomie 0,8, a jedynie wskazał jaki współczynnik konserwacji przyjął w swojej dokumentacji. Dokumentacja w

zakresie wykonanych obliczeń oświetleniowych nie była częścią SIWZ przygotowaną przez Zamawiającego. Zdaniem Przystępującego umieszczenie informacji o współczynniku konserwacji w dziale „Informacje dotyczące założeń projektowych" oraz zwrot „Współczynnik konserwacji przyjęto 0,8" wskazuje jednoznacznie, iż była to tylko informacja dotycząca współczynnika konserwacji, a nie wymóg do stosowania w obliczeniach, w celu spełnienia wymagań stawianych przez SIWZ. W odpowiedzi na zarzut Odwołującego, że obliczenia projektowe wykonawca ENEA, w przypadku zastosowania współczynnika konserwacji wynoszącego 0,8 nie wykażą spełnienia warunków normatywnych i projektowych wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ dla danego układu drogowego dla zastosowanych przez Enea opraw, Przystępujący wskazał, iż wymagania zostaną spełnione. Wobec powyższego zdaniem Przystępującego należało stwierdzić, iż wykonawca Enea nie dokonał nieuprawnionej zmiany warunków ustalonych przez SIWZ, jednocześnie wykazując iż nawet w przypadku obniżenia współczynnika konserwacji wymagania SIWZ w zakresie spełnienia założeń normatywnych i projektowych zostaną spełnione. Zatem nieprawdą jest, iż Zamawiający będzie zmuszony do zastosowania opraw o większej mocy, co przełoży się na wyższą cenę dla Zamawiającego lub też na obniżenie poziomu bezpieczeństwa w przypadku zastosowania opraw zgodnie z ofertą Enea. Jednocześnie Przystępujący wyjaśniał, że różnica w przyjętych przez LUG i Enea wartościach współczynnika konserwacji to jedynie 0,01. W takim przypadku, różnica w faktycznym strumieniu oprawy oświetleniowej, zastosowanej przy uwzględnieniu różnych współczynników konserwacji, to tak naprawdę wartość kilkudziesięciu lumenów. Technicznie, oprawy przy tak niewielkiej różnicy strumienia świetlnego, są tożsamymi konstrukcjami, a różnica w strumieniu świetlnym realizowana jest poprzez zmianę prądu sterowania źródłami LED. Nie ma to wpływu, w przypadku zastosowanych w ofercie opraw, na cenę oprawy. Zatem przyjęcie przez Enea Oświetlenie współczynnika konserwacji o 0,01 wyższego niż LUG, nie przynosi dla Enea korzyści w postaci niższego kosztu zastosowanych opraw.

2. Ad. zarzut w pkt 2 uzasadnienia odwołania LUG.

Wykonawca Enea podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 12 grudnia

2019 r. sprawie wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zaoferowanej w postępowaniu przetargowym. Jednocześnie wykonawca Enea wyjaśnił, iż nieudostępnienie ofert producentów słupów oraz opraw oświetleniowych wynika z klauzul poufności zapisanych w ofertach i obowiązujących Enea. Ponadto Przystępujący wskazywał, że cena zawarta w ofercie wykonawcy Enea stanowi ok. 96% oferty złożonej przez LUG, co wskazuje iż nie odbiega znacząco w odniesieniu do oferty konkurenta. Porównując dane złożonych ofert udostępnionych przez Zamawiającego na tablicy ogłoszeń w dniu 15 stycznia

2020 r. zdaniem Przystępującego należy stwierdzić, iż oferta cenowa złożona przez wykonawcę Enea jest wiarygodna.

3. Ad. zarzut w pkt 3 uzasadnienia odwołania LUG.

Wykonawca Enea potwierdził, iż zastosowała oprawy spełniające wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ. W odniesieniu do zarzutu wskazanego przez LUG, dotyczącego oprawy BDP265, iż oprawa posiada klosz PMMA, zamiast oczekiwanego przez Zamawiającego klosza z hartowanego szkła, wyjaśnił, iż Zamawiający w odpowiedziach z dnia 11.10.2019 r do zadanych pytań, dopuścił stosowanie opraw z kloszem z poliwęglanu odpornego na UV, spełniającego wymagania mechaniczne IK08. Zdaniem Przystępującego zastosowana przez niego oprawa BDP265 spełnia wymagania stawiane przez SIWZ z uwzględnieniem odpowiedzi do postępowania przetargowego zamieszczonych przez Zamawiającego na stronie internetowej. Zaś Odwołujący nie odniósł się w sformułowanym przez siebie zarzucie, iż Zamawiający dopuszcza oprawy z kloszem z poliwęglanu odpornego na UV, ani nie zwrócił uwagi, iż karta katalogowa oprawy BDP265 określa materiał klosza jako poliwęglan odporny na UV.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego przez LUG, dotyczącego oprawy BGP 284, iż oprawa posiada żywotność ustaloną na poziomie L88 dla 100000h, zamiast oczekiwanej przez Zamawiającego żywotności na poziomie L90 dla 100000h, Przystępujący wyjaśniał, iż karty katalogowe dostępne na stronie producenta opraw nie są dokumentem potwierdzającym parametry techniczne opraw dla potrzeb konkretnego zamówienia, w odniesieniu do określonych wymagań stawianych przez Zamawiającego w SIWZ. Oprawy BGP 284 stosowane w ofercie, spełniają wymagania stawiane przez Zamawiającego. Oprawy oświetleniowe będące elementem oferty wykonawcy Enea są konfigurowane przez producenta opraw według wymagań stawianych przez Zamawiającego w SIWZ. Konfiguracja oprawy jest indywidualna dla potrzeb konkretnego postępowania i spełnia wszelkie oczekiwania Zamawiającego w zakresie wymaganych parametrów technicznych. Na potwierdzenie powyższych okoliczności wykonawca Enea przedstawił oświadczenie producenta opraw.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody, stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępującego, złożone w pismach procesowych oraz na posiedzeniu i rozprawie, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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.

W toku rozprawy Zamawiający oświadczył, że nie otrzymał ze strony Odwołującego wraz kopią odwołania załączników w postaci kart katalogowych oraz opracowań własnych wykonawcy LUG dotyczących, przyjętego przez Przystępującego w złożonej ofercie, współczynnika konserwacji o wartości 0,81. Izba po przeprowadzeniu postepowania wyjaśniającego ustaliła, że Odwołujący nie przekazał w tym samej wiadomości elektronicznej ww. dokumentów. Ponadto z treści odpowiedzi na odwołanie przekazanej przez Zamawiającego wynikało, że Zamawiającemu znana jest treść tych kart katalogowych, co Zamawiający potwierdził poprzez złożenie stosownego oświadczenia w toku rozprawy. Jeśli zaś chodzi o opracowania własne wykonawcy LUG to Izba ustaliła, że ich treść w zasadzie stanowi powielenie treści oferty Przystępującego z tą różnicą, że uwzględnienia ono współczynnik konserwacji o wartości 0,80, która wprost i jednoznacznie została wskazana przez Odwołującego w treści odwołania. Również Przystępujący wskazywał na ogólnodostępność kart katalogowych oferowanych przez niego urządzeń jak również na nieistotność opracowań własnego LUG. Tym samym w rozpoznawanej sprawie nie dopatrzyła się wystąpienia się przesłanek skutkujących koniecznością odrzucenia odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 1 Pzp a zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Po analizie stanu faktycznego sprawy Izba doszła do przekonania, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp w aspekcie zarzutu dotyczącego wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zakresie dotyczącym zarzutu związanego z żywotnością zaoferowanych opraw BGP 284. W pozostałym zakresie Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów ustawy wskazywanych w treści odwołania.

1. Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenie oferty wykonawcy Enea na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

Z ustaleń dokonanych przez Izbę wynika, że Zamawiający pismem z dnia 10 grudnia 2019 r. wystąpił do Przystępującego o wyjaśnienia w zakresie występowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że cena oferty Przystępującego znacznie odbiega od wartości szacunkowej zamówienia oraz średniej arytmetycznej pozostałych ofert. Kolejno Zamawiający powołał się na przepis ust. 90 ust. 1 Pzp wskazując, że żąda udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Pismem z dnia 12 grudnia 2019 r. Przystępujący odpowiedział na wezwanie, w którym poinformował, że „firma nasza, jako uznana marka działająca od kilkunastu lat na rynku oświetleniowym, mogła uzyskać dla tego typu zadań przetargowych, preferencyjne warunki cenowe, zarówno u producenta słupów jak i producenta opraw. Długoletnia współpraca z firmami, owocuje korzystnymi warunkami cenotwórczymi na oferowane przez te firmy materiały. W przypadku omawianego przetargu opieraliśmy się na cenach słupów produkowanych przez firmę MABO, natomiast ceny opraw przyjęte do kalkulacji wytwarza firma SYGNIFY (poprzednia nazwa firmy to PHILIPS), a także firma SCHREDER. Jednocześnie informujemy, że wartość cenowa części zadania, która powierzona zostanie podwykonawcy, ustalona została na podstawie stawek cenowych dla wykonawców z którymi ENEA Oświetlenie sp. z o.o. współpracuje od wielu lat, realizując zadania świadczenia usług oświetleniowych na terenach gmin”.

Zamawiający uznał wyjaśnienia Przystępującego za wystarczające i w ramach prowadzonego postępowania w zakresie części B i dokonał wyboru uznając ofertę wykonawcy Enea za najkorzystniejszą.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, że zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Według przepisu art. 90 ust. 1a Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Według art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Przepis art. 90 ust. 3 Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W okolicznościach faktycznych sprawy Izba stanęła na stanowisku, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego są niezwykle ogólnikowe, lakoniczne i niepoparte żadnymi dowodami. Konsekwencją powyższego jest konieczność ich potraktowania jako w ogóle niezłożonych i odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

Izba wskazuje, że wystosowanie wezwania w trybie art. 90 Pzp oznaczało dla wykonawcy zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. W kontekście powyższego obowiązkiem wykonawcy jest więc dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień w omawianym zakresie. W takim przypadku wykonawca powinien odnieść się kompleksowo do zaoferowanej ceny i szczegółowo wyjaśnić przyczyny z których wynika poziom cenowy przez niego zaoferowany. Zgodnie bowiem z treścią powołanego przepisu, to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać Zamawiającemu, że jego cena (lub koszt) nie jest rażąco niska, pomimo ziszczenia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Doniosłość wyjaśnień składanych przez wykonawcę opiera się przede wszystkim na tym, że na podstawie ich treści, nie zaś na podstawie wiedzy własnej Zamawiający, powinien dokonać ocena, czy oferta podlega odrzuceniu. Wobec tego niezwykle istotnym jest, aby składane przez wykonawcę wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnego bowiem ich celem jest przekonanie Zamawiającego że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej oferty wykonawcy było nieuzasadnione.

Podkreślenia wymaga, że na wykonawcy spoczywa nie tylko obowiązek przedstawienia szczegółowych, wyczerpujących wyjaśnień ale również w miarę możliwości również przedstawienia odpowiednich dowodów na ich poparcie, co w oczywisty sposób wiąże się z tym, że to właśnie na ich podstawie Zamawiający dokonuje weryfikacji złożonych wyjaśnień. Izba prezentuje pogląd, że w niektórych przypadkach dowody mogą okazać się wręcz niezbędne. W szczególności, jeżeli mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, którego znaczna część jest pozyskiwana od innych podmiotów (np. zakup materiałów, produktów czy też wykonanie określonych usług przez podmioty zewnętrzne, podwykonawców). Zatem, gdy wykonawca dokonuje zakupów po bardzo niskich cenach, powinien przedstawić Zamawiającemu wraz z udzielanymi wyjaśnieniami dowody potwierdzające ww. okoliczności, tj. uzasadniające dokonanie takiego zakupu. Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, że to obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonywujących wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie tego, że cena jego oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Kluczowym jest, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy, po dokonaniu analizy wyjaśnień złożonych przez Przystępującego (z dnia 12 grudnia 2019 r.) Izba stwierdziła, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie są wyczerpujące, szczegółowe i rzetelne a ogólnikowe i na ich podstawie nie sposób uznać, że mogą rozwiewać jakiekolwiek wątpliwości związane ze wskazaną w jego ofercie ceną. Izba uznała, że Przystępujący nie zastosował się do wezwania i nie odniósł się do kwestii zakreślonych w treści wezwania a jednie ogólnikowo wskazał, że jego firma jest uznaną marka działająca od kilkunastu lat na rynku oświetleniowym i mogła uzyskać dla tego typu zadań przetargowych, preferencyjne warunki cenowe, zarówno u producenta słupów jak i producenta opraw. Ponadto długoletnia współpraca z firmami, owocuje korzystnymi warunkami cenotwórczymi na oferowane przez te firmy materiały.

Przystępujący nie wskazał, żadnych konkretów a jedynie podał, że w przypadku omawianego przetargu opierał się na cenach słupów produkowanych przez firmę MABO, natomiast ceny opraw przyjęte do kalkulacji wytwarza firma SYGNIFY (poprzednia nazwa firmy to PHILIPS), a także firma SCHREDER. Podkreślenia wymaga, że Przystępujący nie złożył żadnych dowodów, w tym pochodzących od ww. podmiotów. Izba za nietrafną uznaje argumentacje Przystępującego zasadzającą się na tym, że oferty producentów zostały objęte klauzulą poufności. Izba prezentuje pogląd, że w takim przypadku wykonawca mógł zachować

w poufności pewien katalog informacji, który uważał za sensytywny a ujawnić pozostałe informacje zawarte w ofertach ww. producentów. Ponadto Przystępujący stwierdzając w złożonych wyjaśnieniach, że „wartość cenowa części zadania, która powierzona zostanie podwykonawcy, ustalona została na podstawie stawek cenowych dla wykonawców z którymi ENEA Oświetlenie sp. z o.o. współpracuje od wielu lat, realizując zadania świadczenia usług oświetleniowych na terenach gmin" nie podał żadnych konkretnych informacji w tym zakresie.

Wobec tego Izba uznała, że rację ma Odwołujący, który stwierdził, że Przystępujący nie zastosował się treści wezwania wystosowanego przez Zamawiającego i nie przedstawił dostatecznych w swej treści wyjaśnień. Tym samym Izba uznała, że Zamawiający w takiej sytuacji przy ocenie wyjaśnień Przystępującego powinien dojść do przekonania, że wyjaśnienia nie są wystarczające z uwagi na swą ogólnikowość i brak dowodów. Konsekwencją powyższego powinno być odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Zamawiający uznał wyjaśnienia Przystępującego za wystarczające czym w ocenie Izby naruszył ww. przepisy Pzp co stanowiło podstawę do uznania zgłoszonego zarzuty za uzasadniony i uwzględnienia odwołania w tym zakresie.

2. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Po przeprowadzeniu wszechstronnej analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba doszła do przekonania, że zgłoszony zarzut potwierdził się jedynie w części, dotyczącej żywotności opraw BGP 284, zaoferowanych przez Przystępującego w złożonej ofercie. Pozostałe zarzuty Izba uznała za nieuzasadnione, a tym samym za podlegające oddaleniu.

W tym miejscu wskazać należy, że 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.

Zaś według z art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

a) Żywotność opraw.

Nie było sporne między stronami, że wymagana przez Zamawiającego żywotność opraw została ustalona w następujący sposób: L90 dla 100 tyś godzin. Izba ustaliła, że Przystępujący w złożonej ofercie w „zestawieniu materiałów" wskazał, że oferuje następujące urządzenia: BGP 284 T25 1 xLED220-4S/740 DM10, BGP 284 T25 1 xLED260-4S/740 DM10 LP (poz. 13 i14). Strony w toku rozprawy nie kwestionowały, że w kartach katalogowych dla ww. opraw podano parametr L88 dla 100 tys. godzin oraz że zawiera dodatkowe oznaczenie w postaci „*" (gwiazdka). Z powyższego Zamawiający wywodził, że istnieje możliwość indywidualnego dostosowania parametrów opraw do konkretnego zamówienia.

W toku rozprawy Przystępujący przedstawił dowód w postaci oświadczenia firmy Signify Poland Sp. z o.o., w którego treści podano, że „użyte w projekcie oprawy serii UniStreet gen2. BGP284 LED220-4s/740 i BGP LED260-4s/740 są standardowo skonfigurowane tak aby spełnić parametry przetargowe dotyczące spadku strumienia świetlnego w czasie. Dla konfiguracji BGP284 LED220-4s/740 parametr L równy jest L92, a dla konfiguracji BGP284 LED260-4s/740 równy L90, o czym świadczą załączone poniżej wygenerowane przy pomocy narzędzia L-tune pliki konfiguracyjne obu opraw". Izba ustaliła, że w załączonych plikach konfiguracyjnych dla obu opraw w kolumnie „Opitics" podano DM 11. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że w zestawieniu z informacjami podanymi w ofercie Przystępującego w zakresie oznaczeń DM (w ofercie dla ww. urządzeń podano DM 10) Izba stwierdziła, że różnią się one od tych wskazanych w plikach konfiguracyjnych (DM 11).

Wobec tego Izba uznała za trafne stwierdzenie Odwołującego, który podnosił, że nie można uznać, że mamy do czynienia w obu tych dokumentach z tymi samymi urządzenia. Również nie mogą się wówczas ostać twierdzenia Zamawiającego i Przystępującego, że w tej sytuacji w odniesieniu do urządzeń zaoferowanych przez Przystępującego mamy do czynienia z przypadkiem indywidualnej konfiguracji opraw uwzględniającej spełnienie wymagań

opisanych przez Zamawiającego w treści SIWZ. Konsekwencją powyższego było uznanie przez Izbę, że oferta Przystępującego w omawianym zakresie jest niezgodna z postanowieniami SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

b) Współczynnik konserwacji.

Jeśli zaś chodzi o zarzut niegodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ w zakresie współczynnika konserwacji to Izba uznała zgłoszony zarzut za niezasadny.

Izba stwierdziła, że w zakresie niniejszego zarzutu nie było sporu pomiędzy stronami co do treści SIWZ a strony wyciągały jedynie odmienne wnioski w tym zakresie. Izba ustaliła, że w OPZ - załącznik do SIWZ (plik: „Specyfikacja techniczna Suchy Las CZĘŚĆ B") Zamawiający na stronie 3 i 4 w zakresie „Informacje dotyczące założeń projektowych" podał m. in.: „(...) Parametry uzyskane podczas obliczeń nie powinny być niższe niż podane w założeniach. Współczynnik konserwacji przyjęto 0,8".

Poddając analizie tak ukształtowaną przez Zamawiającego treść OPZ - jako integralną część SIWZ - Izba stanęła na stanowisku, że podana wartość wskaźnika konserwacji nie jest wartością ustaloną sztywno przez Zamawiającego na poziomie 0,8 a posiada jedynie walor informacyjny w zakresie przyjętych założeń projektowych. Za takim rozumieniem treści specyfikacji przemawia odwołanie się stwierdzenia, które poprzedza wartość współczynnika konserwacji, tj. „Parametry uzyskane podczas obliczeń nie powinny być niższe niż podane w założeniach". Izba wyraża pogląd, że z powyższego należy wywieść, że wykonawcy przy dokonywaniu obliczeń są związani wymogiem, polegającym na tym, że parametry uzyskane podczas obliczeń nie mogą być niższe niż podane w założeniach. Tym samym wartość współczynnika konserwacji należało potraktować jako informację dla wykonawców, a nie jako jednoznacznego wymogu. Argumentacja Izby przedstawiona powyżej jest w pełni zbieżna ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego, którzy zgodnie twierdzili, że ww. współczynnik nie musiał być tożsamy z tym podanym w założeniach projektowych i wynosić 0,8, a tym samym uprawnione było przyjęcie przez Przystępującego współczynnika na poziomie 0,81. Wobec przyjęcia przez Izbę takiego stanowiska uznała za nieprzydatne dla rozpoznania sprawy opracowania własne Odwołującego i Przystępującego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała w tym zakresie zgłoszony zarzut za nietrafny i nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej ze specyfikacją.

c) Klosz.

Na końcu Izba odniosła się do zarzutu niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanych przez niego opraw BDP 265, które posiadają klosz z PMMA zamiast klosza z hartowanego szkła.

Izba ustaliła, że w omawianym zakresie Zamawiający w piśmie z dnia 11 października 2019 r. udzielił następującej odpowiedzi na pytanie:

Pytanie:

Zamawiający w dokumencie OPZ dla opraw parkowych wymaga aby oprawy były wyposażone w klosz z hartowanego szkła o IK08, po czym w części z ilustracjami opraw jako przykładowe oprawy publikuje m.in. zdjęcia opraw z kloszami z poliwęglanu. Czy Zabawiający dopuszcza zastosowanie opraw parkowych z kloszem ze stabilizowanego UV poliwęglanu o zakładanym przez Zamawiającego IK08 oraz umożliwiającym uzyskanie przytoczonej przez Zamawiającego sprawności optycznej?

Odpowiedź:

Zamieszczone w OPZ ilustracje są zupełnie przypadkowe, dające tylko pogląd wyglądu produktów stosowanych na rynku. Zamawiający nie narzuca konkretnych rozwiązań. W przypadku opraw parkowych, z uwagi na ich kształt zamawiający dopuszcza klosze z poliwęglanu odpornego na UV ale spełniający wymagania mechaniczne IK08.

W toku rozprawy Przystępujący złożył kartę katalogowej dla opraw BDP 265 wskazując, że w jej treści podano następujące informacje: „Typ pokrywy optycznej/soczewki PC UV (Polycarbonate bowl/cover UV resistant], „Materiał optyki - Polymethyl methacrylate", „Materiał pokrywy optycznej/soczewki - polimetakryl metylu".

W zakresie rozpoznawanego zarzutu Izba uwzględniła wyjaśnienia Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, opierające się do treści odpowiedzi na pytania z dnia 11.10.2019 r., w których Zamawiający dopuścił klosze z poliwęglanu odpornego na UV spełniające wymagania mechaniczne IK08. W kontekście powyższego Izba uznała za chybione stanowisko Odwołującego zasadzające się na tym, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oprawy zaoferowane przez wykonawcę Enea powinny posiadać klosza z hartowanego szkła. Tym samym Izba nie dopatrzyła się w działaniach Zamawiającego, w tym zakresie, naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Na końcu niniejszego uzasadnienia Izba wskazuje, że zaprezentowane rozważania prowadzą do wniosku, że naturalną konsekwencją naruszeń przepisów ustawy, opisanych powyżej jest stwierdzenie przez Izbę również naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust 1 Pzp polegającego na uznaniu za najkorzystniejszą oferty wykonawcy Enea w zakresie części B, która powinna podlega odrzuceniu nie tylko na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp ale również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Konkludując, Izba uznała, że stwierdzone i opisane powyżej naruszenia przepisów ustawy mają istotny wpływ na wynik postępowania. Zatem działając na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt. 1 ustawy Pzp - Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 pkt 1 i 2 lit. b), § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł w oparciu o przedłożoną na rozprawie fakturę VAT.