**Sygn. akt: KIO 1936/21**

**WYROK**
**z dnia 20 sierpnia 2021 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**
**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 17 sierpnia 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2021 roku przez wykonawcę Optima Centrum spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gmina Miasto Chełmno
przy udziale wykonawcy Energa Oświetlenie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Sopocie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1936/21 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w całości.
   Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pod nazwą *„Wykonanie modernizacji oświetlenia wewnętrznego z istniejącego na LED-owe w budynkach oraz obiektach sportowych w: SP Nr 1, SP Nr 2, SP Nr 4, Budynku Urzędu Miasta przy ul. Dworcowej.”*
   na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Energa Oświetlenie spółka
   z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Optima Centrum spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,
   2.2 zasądza od wykonawcy Energa Oświetlenie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie na rzecz wykonawcy Optima Centrum spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą
   w Łodzi kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok -
w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący: ……..**

**Sygn. akt: KIO 1936/21**

**U Z A S A D N I E N I E**

Zamawiający Gmina Miasto Chełmno prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pod nazwą *„Wykonanie modernizacji oświetlenia wewnętrznego z istniejącego na LED-owe w budynkach oraz obiektach sportowych w: SP Nr 1, SP Nr 2, SP Nr 4, Budynku Urzędu Miasta przy ul. Dworcowej.”*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 kwietnia 2021 roku pod numerem 2021/BZP 28760/01

28 czerwca 2021 roku Odwołujący w oparciu o art. 513 i następne ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 roku (Dz. U z 2019 pozy 2019 ze zm.; dalej „ustawa” lub „Pzp”) wniósł odwołanie od czynności, zaniechania czynności w ramach postępowania Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego a polegające na: zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Energa Oświetlenie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie (dalej też „Energa”), dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Energa pomimo że, jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

– naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Energa, której treść nie odpowiada warunkom zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert
i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty złożonej przez Energa z uwagi
na fakt, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący podał, że jest uprawniony do wniesienia niniejszego środka ochrony prawne, Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Odwołujący podał, że gdyby Zamawiający dokonał prawidłowej czynności badania i oceny ofert, wówczas odrzuciłby ofertę złożoną przez ofertę Wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. W konsekwencji, Zamawiający przystąpiłby
do dalszych czynności badania i oceny ofert w postępowaniu a Odwołujący miałby realną szansę uzyskania zamówienia. Jest tak dlatego, że Odwołujący, spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu oraz mogłaby uzyskać największą ilość punktów w ustalonych kryteriach oceny ofert. Działania Zamawiającego w oczywisty sposób naruszają usprawiedliwiony interes ekonomiczny Odwołującego oraz skutkują powstaniem po jego stronie realnej szkody – nieuprawnionym pozbawieniem możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Energa, której treść nie odpowiada warunkom zamówienia

Zgodnie z treścią SWZ Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania:

a)kart katalogowych zaoferowanych opraw

b)certyfikat w CE dla zaproponowanych opraw

c)certyfikat w ENEC na zasilacze w zaproponowanych oprawach

d)certyfikat w PZH dla zaproponowanych opraw

e)certyfikat w CNBOP dla zaproponowanych opraw awaryjnych i ewakuacyjnych

f)badań fotobiologicznych dla zaproponowanych opraw (uznaje się badania fotobiologiczne wykonywane wyłącznie przez certyfikowane laboratorium posiadające akredytację, ze wskazaniem adresu i miejsca znajdowania się tej jednostki)

g)wskazanie miejsce na stronach internetowych producent w opraw, skąd można pobrać karty katalogowe, krzywe fotometryczne oraz atesty PZH zaoferowanych produkt w celu weryfikacji ich zgodności z parametrami technicznymi podanymi w projekcie i kartach katalogowych

h)obliczeń w programie Dialux w celu potwierdzenia niskiego współczynnika olśnienia UGR < 19 dla sal lekcyjnych, pomieszczeń biurowych, sal komputerowych.

Odwołujący podał, że mając na względzie powyższe okoliczności ocena przez Zamawiającego zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z warunkami zamówienia następowała na podstawie precyzyjnie i enumeratywnie wskazanych powyżej dokumentów przedkładanych na wezwanie Zamawiającego. Zgodnie z treścią SWZ Zamawiający tego rodzaju wezwanie wystosował wyłącznie względem Wykonawcy Energa, którego oferta została wstępnie oceniona jako najkorzystniejsza.

Wykonawca Energa w ramach postępowania przetargowego złożył Zamawiającemu na wezwanie z dnia 1 czerwca 2021 r. żądane dokumenty w postaci:

a)kart katalogowych zaoferowanych opraw

b)certyfikatów CE dla zaproponowanych opraw

c)certyfikatów ENEC na zasilacze w zaproponowanych oprawach

d)certyfikatów PZH dla zaproponowanych opraw

e)certyfikatów CNBOP dla zaproponowanych opraw awaryjnych i ewakuacyjnych
f)badań fotobiologicznych dla zaproponowanych opraw (uznaje się badania fotobiologiczne wykonywane wyłącznie przez certyfikowane laboratorium posiadające akredytację, ze wskazaniem adresu i miejsca znajdowania się tej jednostki)

g)wskazanie miejsce na stronach internetowych producentów opraw, skąd można pobrać karty katalogowe, krzywe fotometryczne oraz atesty PZH zaoferowanych produktów w celu weryfikacji ich zgodności z parametrami technicznymi podanymi w projekcie i kartach katalogowych

h)obliczeń w programie Dialux w celu potwierdzenia niskiego współczynnika olśnienia UGR < 19 dla sal lekcyjnych, pomieszczeń biurowych, sal komputerowych

Odwołujący uzasadnił, że analiza złożonych na wezwanie Zamawiającego dokumentów wykazała liczne niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. W ślad za komentarzem do nowej ustawy PZP (Gawrońska-Baran Andrzela i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz) zauważył, że: *„W ust. 1 pkt 5 komentowanego przepisu ustawodawca określa, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający dokonuje zatem oceny oferty pod względem jej zgodności z warunkami zamówienia, a nie – jak na mocy przepisów Prawa zamówień publicznych z 2004 r. – z SIWZ. Dokonując analizy komentowanego pkt 5 przez pryzmat definicji warunków zamówienia zawartej w art. 7 pkt 29 p.z.p., należy przyjąć, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, jeżeli jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o zamówienie publiczne.”*

1.W rozdziale IV SWZ pkt. 2 Zamawiający podaję, że moc maksymalna oprawy nie może być większa niż w projekcie. Zauważył, że jest to kluczowy parametr, który przesądza o celu realizowanej inwestycji.
Ponad to w odpowiedzi na pytanie nr 5 z dnia 20 kwietnia 2021r. Zamawiający precyzuje,
że wymagane parametry znajdują się w załączonych do projektu obliczeniach.
W obliczeniach zamieszczonych przez Zamawiającego „OBLICZENIA - Budynek szkoły
i basen ul. Kościuszki Chełmno” znajduje się oprawa LUXIONA 0E1XK9L10APLX X-WALL K9 LED 1300 o mocy 9W.
W złożonych przez Wykonawcę kartach katalogowych wszystkie oprawy mają moc większą niż 9W. Co dowodzi, że oprawy złożone przez wykonawcę nie spełniają podstawowych założeń SWZ. W załączeniuzłożył Odwołujący obliczenia z dokumentacji przetargowej potwierdzające, że oprawy musiały posiadać moc nie większą aniżeli 9W.
2.W rozdziale IV SWZ pkt 2 Zamawiający podaję, że „żywotność diod LED –
nie mniejsza niż w projekcie”.

W projekcie „Załącznik nr 5 Projekt budowlany SP 2 - ul. 22 Stycznia” znajduje się oprawa IVY L o żywotności 80 000h dla L80B50.

Jej odpowiednikiem w ofercie Wykonawcy jest oprawa ZANDER-240-80-M, która
ma żywotność > 50 000h co jest wartością istotnie mniejszą niż wymagana.

W załączeniu przedstawił fragment projektu z podaną żywotnością oprawy IVY oraz karta katalogowa oprawy Zander, która w oczywisty sposób nie spełnia wymagań Zamawiającego.

3.Zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego na pytanie nr 14 i 15 z dnia 20 kwietnia 2021 r. część opraw miała być wyposażona w zintegrowany czujnik ruchu.

Przedstawione oprawy nie są wyposażone w zintegrowany czujnik ruchu, natomiast Zamawiający dopuszcza jedynie oprawy oświetleniowe z ze zintegrowanym czujnikiem ruchu. Przykładowo w obliczeniach udostępnionych przez Zamawiającego – SP2 ul. 22 Stycznia na stronie 33 jest oprawa wyposażona w zintegrowany czujnik ruchu. Potwierdza to także przedmiar dla tego budynku w pozycji nr 11.

Wykonawca złożył obliczenia dla tego samego pomieszczenia oferując oprawę oświetleniową EFLPOLARIS DEGO-120-29-D. Zgodnie z informacjami podanymi na karcie katalogowej tej oprawy nie posiada ona czujnika ruchu, nawet w dziale Opcjonalnie. W załączeniu karta katalogowa oprawy Dego przekazana Zamawiającemu.

4.W pliku z badaniami fotobiologicznymi „BOS-1376-BE-18 - SOLO SLIM (002)" zawarta jest dokumentacja zdjęciowa z której wynika, że oprawa SOLO SLIM wyposażona jest w zasilacz marki VS Lighting Solutions. Natomiast w przesłanych Certyfikatach ENEC na zasilacz brak jest certyfikatu dla zasilacza VS Lighting Solutions. Zatem Wykonawca nie dostarczył wymaganego certyfikatu ENEC na zasilacz. W załączeniu sprawozdanie z badań fotobiologicznych wraz ze zdjęciem zasilacza.

5. W przekazanych Zamawiającemu obliczeniach (SP 2 ul. 22 Stycznia - strona 11) Wykonawca wskazuje na oprawę o typoszeregu „EFL-POLARIS DEGO-120-52-M", ten typoszereg nie jest objęty badaniem fotobiologicznym opraw DEGO „BOS-1382-BE-18 - DEGO", ani żadnym innym przekazanym Zamawiającemu. To samo dotyczy się innych typów opraw. Zatem Wykonawca nie posiada badań fotobiologicznych dla opraw, które oferuje i planuje wbudować. W załączeniu fragment obliczeń (str. 11) przedstawiający typoszereg opraw dla których Wykonawca nie przedłożył badań fotobiologicznych.

6. Okoliczności, z których wynika, że oferta złożona przez Wykonawcę nie odpowiada warunkom zamówienia przedstawia szczegółowo wskazana poniżej tabela:

| **Obiekt** | **Obliczenia Wykonawcy** | **Nazwa oferowanej oprawy** | **Obliczeniaz dokumentacji przetargowej** | **Nazwa wymaganego parametru** | **Wartość wymagana** | **Wartość oferowana** | **Spełnia /Nie spełnia** |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| SP4 | SP 4 Piwnica str. 4 | EFL-POLARIS DEGO-120-24-M | SP 4* str. 12 | Badania fotobiologiczne | Raportz badań fotobiologicznych | Brak | Nie spełnia |
| SP4 | SP 4 Piwnica str. 6 | EFL-POLARIS DEGO-120-18-D | SP 4* str. 17 | Strumień świetlny oprawy | 3525lm | 2500lm | Nie spełnia |
| SP4 | SP 4 Piwnica str. 8 | TM TECHNOLOGIE 87_NMONTEC S C1 NM | SP 4* str. 23 | Strumień świetlny oprawy | 310lm | 214lm | Nie spełnia |

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| SP4 | SP 4 Piwnica str. 8 | TM TECHNOLOGIE 87_NMONTEC S C1 NM | SP 4* str. 23 | Maksymalna moc oprawy | 3W | 4,4W | Nie spełnia |
| SP4 | SP 4 Parter str. 18 | EFL-Polaris WING-80-90-D | SP 4* str. 69 | Badania fotobiologiczne | Raportz ..... badań fotobiologicznych | Brak | Nie spełnia |
| SP4 | SP 4 piętro 1 str. 4 | EFL-POLARIS DEGO-120-24-M | SP 4* str. 70 | Strumień świetlny oprawy | 4312lm | 3750lm | Nie spełnia |
| SP4 | SP 4 piętro 2 str. 4 | EFL-POLARIS DEGO-120-24-M | SP 4* str. 85 | Strumień świetlny oprawy | 4312lm | 3750lm | Nie spełnia |
| SP4 | SP 4 piętro 3 str. 4 | EFL-POLARIS DEGO-120-24-M | SP 4* str. 99 | Strumień świetlny oprawy | 4312lm | 3750lm | Nie spełnia |
| UM | UM str. 12 | EFL-POLARIS ORO-20W-D | UM*** str. 16 | Strumień świetlny oprawy | 2473lm | 1740lm | Nie spełnia |
| UM | UM str. 17 | EFL-POLARIS ORO-20W-D | UM*** str. 21 | Strumień świetlny oprawy | 3511lm | 1740lm | Nie spełnia |
| UM | UM str. 23 | EFL-POLARIS DEGO-120-36-D | UM*** str. 28 | Strumień świetlny oprawy | 5466lm | 4500lm | Nie spełnia |
| UM | UM str. 39 | EFL-POLARIS DEGO-120-36-D | UM*** str. 50 | Strumień świetlny oprawy | 4600lm | 4500lm | Nie spełnia |

* Plik o nazwie „SP nr 4 Chełmno ul. Skłodowskiej 16 - OBLICZENIA OSWIETLENIA.PDF”

***Plik o nazwie „Urząd Miejski w Chełmnie - OBLICZENIA OSWIETLENIA.PDF”

7. Zgodnie z wezwaniem z dnia 1 czerwca 2021 r. Wykonawca miał czas na złożenie dokumentów, o których mowa w SWZ potwierdzających zgodności oferty z warunkami zamówienia tj.:

a)kart katalogowych zaoferowanych opraw

b)certyfikatów CE dla zaproponowanych opraw

c)certyfikatów ENEC na zasilacze w zaproponowanych oprawach

d)certyfikatów PZH dla zaproponowanych opraw

e)certyfikatów CNBOP dla zaproponowanych opraw awaryjnych i ewakuacyjnych

f)badań fotobiologicznych dla zaproponowanych opraw (uznaje się badania fotobiologiczne wykonywane wyłącznie przez certyfikowane laboratorium posiadające akredytację, ze wskazaniem adresu i miejsca znajdowania się tej jednostki)

g)wskazanie miejsce na stronach internetowych producentów opraw, skąd można pobrać karty katalogowe, krzywe fotometryczne oraz atesty PZH zaoferowanych produktów w celu weryfikacji ich zgodności z parametrami technicznymi podanymi w projekcie i kartach katalogowych

h)obliczeń w programie Dialux w celu potwierdzenia niskiego współczynnika olśnienia UGR < 19 dla sal lekcyjnych, pomieszczeń biurowych, sal komputerowych

Do dnia 8 czerwca 2021 r. Zgodnie z korespondencją prowadzoną na właściwej platformie Wykonawca w dniu 8 marca 2021 r. o godzinie 23:29 przesłał Zamawiającemu wymagane dokumentów, na podstawie których Zamawiający winien przeprowadzić ocenę zgodności oferty z warunkami zamówienia, a jeżeli ujawniłby niezgodność odrzucić ofertę. Jednakże
w dniu 10 czerwca 2021 r. Wykonawca przesłał do Zamawiającego wiadomość o treści wskazanej poniżej:

*b..p.@energa.pl*

*Data wysłania wiadomości: 2021-06-10 13:19:40*

*Dzień dobry, w załączeniu zamieszczam aktualny projekt oświetlenia Urzędu Miejskiego.*
*W uzupełnieniu dokumentacji wysłanym do Państwa w dniu 2021-06-08 omyłkowo załączyliśmy stary, nieaktualny projekt. W wypadku pytań lub wątpliwości pozostajemy*
*do dyspozycji. Pliki dołączone do wiadomości: UM.zip*

Zatem sam Wykonawca przyznał, iż nie dochował terminu złożenia dokumentacji jak również przyznał, iż złożona w dniu 8 czerwca 2021 r. dokumentacja w zakresie obliczeń (kluczowych z punktu widzenia oceny zgodności z warunkami zamówienia) jest nieprawidłowa. W załączeniu treść wezwania Zamawiającego oraz korespondencja Zamawiającego z Wykonawcą z platformy. Niemniej jednak w ocenie Odwołującego, nawet jeśli przyznać, iż Wykonawca miał możliwość złożenia nowych obliczeń dla Urzędu Miejskiego w Chełmie to również nowe obliczenia potwierdzają, że złożona oferta nie spełnia wymagań Zamawiającego

8. Okoliczności, o których wynika, że oferta złożona przez Wykonawcę oferta (również uwzględniając przedłożone dnia 10 czerwca 2021 dokumenty) nie odpowiada warunkom zamówienia przedstawia szczegółowo wskazana tabela.

| **Obiekt** | **Obliczenia Wykonawcy** | **Nazwa oferowanej oprawy** | **Obliczeniaz dokumentacji przetargowej** | **Nazwa wymaganego parametru** | **Wartość wymagana** | **Wartość oferowana** | **Spełnia /Nie spełnia** |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| UM | UMstr. 13 | TM TECHNOLOGIE 91_NM ONTEC S M1˜NM | UM** str. 13 | Strumień świetlny oprawy | 340lm | 134lm | Nie spełnia |

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| UM | UM str. 34 | TM TECHNOLOGIE 91_NMONTEC S M1TNM | UM** str. 37 | Strumień świetlny oprawy | 340lm | 134lm | Nie spełnia |
| UM | UM str. 135 | EFL-POLARIS ORO-12W-D | UM** str. 140 | Średnie natężenie | 100lx | 73lx | Nie spełnia |
| UM | UM str. 136 | TM TECHNOLOGIE 87_NMONTEC S C1TNM | UM** str. 141 | Strumień świetlny oprawy | 340lm | 214lm | Nie spełnia |
| UM | UM str. 136 | TM TECHNOLOGIE 87_NMONTEC S C1TNM | UM** str. 141 | Maksymalna moc oprawy | 3W | 4,4W | Nie spełnia |

** Plik o nazwie „Urząd Miejski w Chełmnie - OBLICZENIA OSWIETLENIA.PDF”

9. Co więcej, zgodnie z wezwaniem z dnia 1 czerwca 2021 r. Wykonawca był zobowiązany do złożenia obliczeń w programie Dialux w celu potwierdzenia niskiego współczynnika olśnienia UGR < 19 dla sal lekcyjnych, pomieszczeń biurowych, sal komputerowych. Przekazane Zamawiającemu obliczenia nie potwierdzają niskiego współczynnika olśnienia UGR<19, gdyż obliczenia te nie posiadają takiej informacji.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej: „ustawa” lub „Pzp”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 czerwca 2021 roku (poniedziałek) od czynności Zamawiającego, o której powiadomił wykonawców w dniu 21 czerwca 2021 (poniedziałek). Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego - Energa Oświetlenie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie (dalej też „Energa”).

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 12 sierpnia 2021 roku „Odpowiedź na odwołanie” – złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2021 roku – w którym Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości. Zamawiający prawidłowo poinformowany o terminie posiedzenia i rozprawy z udziałem stron – potwierdzenia w aktach sprawy odwoławczej - nie przybył na posiedzenie i rozprawę. Brak przybycia prawidłowo powiadomionej strony postępowania odwoławczego nie wstrzymuje rozpoznani sprawy – art. 549 ust. 4 ustawy *Niestawiennictwo strony lub uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania.*

W dniu 13 sierpnia 2021 roku skład orzekający w sprawie wydał postanowienie, na podstawie którego, w tym samym dniu Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał Energa Oświetlenie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie *zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu* w terminie 3 dni od dnia doręczenia pisma pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego.

Za pismem z dnia 16 sierpnia 2021 roku, przesłanym do Prezesa Izby w tym samym dniu wykonawca Energa Oświetlenie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie złożył Sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

**Izba ustaliła stan faktyczny:**

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku

postępowania odwoławczego.

W Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ"), Zamawiający podał w Rozdziale VII Warunki udziału w postępowaniu, co następuje:

*Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień składania, chyba, że Zamawiający jest posiadaniu lub ma dostęp do tych podmiotowych środków dowodowy oraz:*

*a) kart katalogowych zaoferowanych opraw*
*b) certyfikatów CE dla zaproponowanych opraw*
*c) certyfikatów ENEC na zasilacze w zaproponowanych oprawach*
*d) certyfikatów PZH dla zaproponowanych opraw*
*e) certyfikatów CNBOP dla zaproponowanych opraw awaryjnych i ewakuacyjnych*
*f) badań fotobiologicznych dla zaproponowanych opraw (uznaje się badania fotobiologiczne wykonywane wyłącznie przez certyfikowane laboratorium posiadające akredytację, ze wskazaniem adresu i miejsca znajdowania się tej jednostki)*
*g) wskazanie miejsce na stronach internetowych producentów opraw, skąd można pobrać karty katalogowe, krzywe fotometryczne oraz atesty PZH zaoferowanych produktów w celu weryfikacji ich zgodności z parametrami technicznymi podanymi w projekcie i kartach katalogowych*
*h) obliczeń w programie Dialux w celu potwierdzenia niskiego współczynnika olśnienia UGR < 19 dla sal lekcyjnych, pomieszczeń biurowych, sal komputerowych.*

W rozdziale IV – Opis przedmiotu zamówienia:

*Wszystkie oprawy powinny spełniać następujące wymagania:*
- *strumień świetlny oprawy – nie mniejszy niż w projekcie*
- *maksymalna moc oprawy – nie większa niż w projekcie*
- *skuteczność świetlna oprawy – nie mniejsza niż w projekcie*
- *żywotność diod LED – nie mniejsza niż w projekcie*
- *cos fi > 0,95*

*Po wykonaniu robót objętych przetargiem wykonawca zobowiązany jest własnym kosztem do wykonania pomiarów natężenia oświetlenia oraz poboru mocy w obiektach potwierdzających osiągnięcie parametrów określonych w ofercie przetargowej. Pomiary należy wykonać w obecności przedstawiciela zamawiającego.*

*3. Rozwiązania równoważne:*

*Zamawiający informuje, że zaproponowane w dokumentacji materiały do realizacji zamówienia ich typy i nazwy stanowią jedynie przykład i standard rozwiązania. Dopuszcza się ich zastąpienie przez inne o parametrach co najmniej równych, określonych w dokumentacji budowlano-wykonawczej i posiadające odpowiednie certyfikaty, deklaracje zgodności z PN lub aprobaty techniczne co oznacza iż Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne. Ciężar udowodnienia, że materiał (wyrób) urządzenie jest równoważne w stosunku do wymogu określonego przez Zamawiającego spoczywa na składającym ofertę. W takim wypadku Wykonawca powinien przedstawić do zaakceptowania przez Zamawiającego zestawienie proponowanych do użycia materiałów jak również dokumenty opisujące parametry techniczno-jakościowe, wymagane prawem certyfikaty i inne dokumenty, dopuszczające dane materiały (wyroby) do użytkowania oraz pozwalające jednoznacznie stwierdzić, że są one równoważne tzn. nie gorsze (pod rygorem odrzucenia oferty). Jeżeli zastosowanie rozwiązań równoważnych wiąże się z koniecznością wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej, strona wnioskująca ponosi pełna odpowiedzialność za dokonanie tych zmian, związaną z uzyskaniem niezbędnych uzgodnień i pozwoleń.*

*Wykaz rozwiązań równoważnych musi być złożony w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym, lub podpisem osobistym osoby upoważnionej do reprezentowania Wykonawcy, zgodnie z formą reprezentacji określoną w dokumencie rejestrowym właściwym dla formy organizacyjnej lub innym dokumencie.*

*Wszelkie rozwiązania zamienne wymagają pisemnej zgody projektanta wraz z jego opinią o oferowanym produkcie zamiennym.*

*Nie dopuszcza się stosowania rozwiązań równoważnych, dla których karty katalogowe opraw nie są ogólnodostępne na stronie internetowej producenta/dystrybutora.*

W wyjaśnieniach do SWZ z dnia 14 marca 2021 roku, w odpowiedzi na pytanie 4 Zamawiający podał:

*Czy możemy przyjąć, iż wymiary opraw równoważnych mają mieć wymiary oraz parametry nie mniejsze/niższe niż wskazane oprawy referencyjne?*

*Ad.4)Zamawiający dopuszcza stosowanie opraw o innych wymiarach niż oprawy referencyjne. Dla zamawiającego najważniejszym parametrem jest obniżenie zużycia energii elektrycznej, dlatego istotna jest jak najniższa moc oprawy przy zachowaniu wysokiej skuteczności świetlnej.*

W wyjaśnieniach z dnia 20 marca 2021 roku Zamawiający podał między innymi:

*15)Uprzejmie proszę o potwierdzenie, iż Zamawiający nie dopuszcza opraw z czujnikami ruchu, jako osobnych urządzeń tj. oprawa oświetleniowa i zewnętrzny czujnik ruchu.*

*Ad.15) Zgodnie z projektem należy stosować oprawy z zabudowanym czujnikiem ruchu.*

*16)Uprzejmie proszę o potwierdzenie, iż oświetlenie awaryjne i ewakuacyjne było uzgodnione z rzeczoznawcą i spełnia aktualne wymagania ppoż.*

*Ad.16) W zakresie opracowania dokumentacji nie było wymagane uzgodnienie z rzeczoznawcą p.poż. (wymiana istniejących opraw).*

Zamawiający pismem z dnia 1 czerwca 2021 roku wezwał Energa Oświetlenie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie:

*Zgodnie z art. 274 ust. 1 uPzp, mając na uwadze, że oferta złożona przez Energa Oświetlenie Sp. z o.o. ul. Rzemieślnicza 17/19, 81-855 Sopot, została oceniona najwyżej, Burmistrz Miasta Chełmna reprezentując Gminę Miasto Chełmno wzywa, do dostarczenia n/w dokumentów w nieprzekraczalnym terminie do dnia 08.06.2021r, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 273 ust. 1 uPzp, tj.:*

*1) dowodu wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert,*
*a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie:*
*co najmniej 1 realizację polegającą na wymianie oświetlenia wewnętrznego na LEDowe (zbieżne z przedmiotem*

*zamówienia) w budynkach użyteczności publicznej o wartości minimum 100.000,00 zł brutto.*
*2) kwalifikacje Kierownika Budowy:*
*uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności elektrycznej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów;*
*aktualny wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego wydane przez tę izbę. Prawo do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, określone wyżej mogą również wykazać osoby, których odpowiednie kwalifikacje zawodowe zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych tj.: m.in. w ustawie z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznania kwalifikacji zawodowych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2016 r. poz. 65) oraz ustawie z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (Dz. U z dnia 2016r., poz. 1725).*
*3) kart katalogowych zaoferowanych opraw*
*4) deklaracji zgodności dla zaproponowanych opraw*
*5) certyfikatów ENEC na zasilacze w zaproponowanych oprawach*
*6) certyfikatów PZH dla zaproponowanych opraw*
*7) certyfikatów CNBOP dla zaproponowanych opraw awaryjnych i ewakuacyjnych*
*8) badań fotobiologicznych dla zaproponowanych opraw (uznaje się badania fotobiologiczne wykonywane wyłącznie przez certyfikowane laboratorium posiadające akredytację,*
*ze wskazaniem adresu i miejsca znajdowania się tej jednostki)*
*9) wskazanie miejsce na stronach internetowych producentów opraw, skąd można pobrać karty katalogowe, krzywe fotometryczne oraz atesty PZH zaoferowanych produktów w celu weryfikacji ich zgodności z parametrami technicznymi podanymi w projekcie i kartach katalogowych*
*10) obliczeń w programie Dialux w celu potwierdzenia niskiego współczynnika olśnienia UGR < 19 dla sal lekcyjnych, pomieszczeń biurowych, sal komputerowych.*

Energa Oświetlenie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Sopocie w dniu 8 czerwca 2021 roku w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył różne dokumenty, w tym karty katalogowe, różne certyfikaty, badania fotobiologiczne obliczenia w programie Dialux (bez obliczeń współczynnika olśnienia UGR).
Następnie w dniu 10 czerwca 2021 roku, za email z tego dnia, Energa Oświetlenie spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie złożyła Zamawiającemu aktualny projekt oświetlenia Urzędu Miejskiego.
Pismem z dnia 21 czerwca 2021 roku Zamawiający powiadomił wykonawców,
że wybrał w postępowaniu ofertę najkorzystniejszą tj. ofertę Energa Oświetlenie spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie podając w uzasadnieniu, że *Powyższa oferta otrzymała najwyższą ilość punktów stanowiącą sumę punktów uzyskanych wg. kryterium ,,cena oferty" i „zmniejszenie zapotrzebowania mocy", spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, w związku z czym została wybrana do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego jako najkorzystniejsza;*
Zamawiający w tym piśmie podał również, że:
*2) Wykonawcy, których oferty zostały odrzucone:*
*Oferta nr 2 złożona przez Defero Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 102 lok.112, 98-200 Sieradz – Wykonawca na prośbę Zamawiającego nie przedłużył terminu związania ofertą; oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp („Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania z ofertą")*
*Oferta nr 5 złożona przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Techniczne „TELTORPOL PÓŁNOC" S.A., ul. Śnieżna 1, 80 554 Gdańsk – Wykonawca nieprawidłowo określił kryterium punktowe, tj. zmniejszenie zapotrzebowania mocy (w formularzu ofertowym zaznaczono jednocześnie wykonanie zgodnie z projektem oraz zmniejszenie zapotrzebowania mocy na poziomie 6 – 10% dla wszystkich obiektów); oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 („Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia")*
*Oferta nr 6 złożona przez EFL POLARIS Sp. z o.o., ul. Żeromskiego 12A, 05-250 Słupno – Wykonawca zaproponował oprawy o maksymalnej mocy większej niż w projekcie i mniejszym niż w projekcie strumieniu świetlnym; oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 („Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia")*

**W zakresie zarzutu odwołania:**

**W zakresie podniesionego zarzutu** naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Energa, której treść nie odpowiada warunkom zamówienia.
Na wstępie Izba wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa, jednocześnie zaznacza, że z uwagi na argumentację uzasadnienia rozpoznania odwołania określone podstawy prawne będą również wskazywane w uzasadnieniu:
Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.
W oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli (…) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.
W wyniku podniesienia przez Odwołującego zarzutu niezgodności treści oferty Energa Oświetlenie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie (dalej: Energa) z warunkami zamówienia Izba obowiązana była poddać ocenie postanowienia SWZ jakie legł u podstawy faktycznej podniesionego naruszenia prawa przez Odwołującego. Zarzut odnosi się bowiem do przedstawienia na wezwanie Zamawiającego z dnia 1 czerwca 2021 roku przez Energa dokumentów, które w ocenie Odwołującego wskazują na brak potwierdzenie spełnienia warunków, które wskazują na niezgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego, oraz które nie zawieraj informacji jakich żądał Zamawiający.
W ocenie Izby Zamawiający ograniczył w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego konkurencję przez ukształtowanie postanowień SWZ w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych.
Zgodnie z regulacją art. 266 ustawy do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88–90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132–188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu

stanowią inaczej. Przedmiotowe postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego na roboty budowlane oszacowane zostało na kwotę 1 191 434,34 zł netto co stanowi 279 069, 72 Euro, prowadzone jest na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy bez możliwości negocjacji.
Mając na uwadze powyższa Izba wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego maja zastosowane przepisy ustawy Działu II Rozdział 1 Oddziału 5 – Przedmiotowe środki dowodowe tj. art. 104 do art. 107 ustawy. Zamawiający obowiązany jest do stosowania wskazanych regulacji prawnych i nie ma żadnej ustawowej możliwości
od odstępowania w stosowaniu tych przepisów ustawy – o ile określa żądanie przedmiotowych środków dowodowych – jak również nie ma żądnej możliwości dokonywania modyfikacji w zakresie żądania przedmiotowych środków dowodowych.
Wymaga wskazanie w tym miejscu, ze określone przez Zamawiającego w SWZ, w Rozdziale IIV SWZ, tj:
*a) kart katalogowych zaoferowanych opraw*
*b) certyfikatów CE dla zaproponowanych opraw*
*c) certyfikatów ENEC na zasilacze w zaproponowanych oprawach*
*d) certyfikatów PZH dla zaproponowanych opraw*
*e) certyfikatów CNBOP dla zaproponowanych opraw awaryjnych i ewakuacyjnych*
*f) badań fotobiologicznych dla zaproponowanych opraw (uznaje się badania fotobiologiczne*
*wykonywane wyłącznie przez certyfikowane laboratorium posiadające akredytację, ze wskazaniem adresu i miejsca znajdowania się tej jednostki)*
*g) wskazanie miejsce na stronach internetowych producentów opraw, skąd można pobrać karty katalogowe, krzywe fotometryczne oraz atesty PZH zaoferowanych produktów w celu weryfikacji ich zgodności z parametrami technicznymi podanymi w projekcie i kartach katalogowych*
*h) obliczeń w programie Dialux w celu potwierdzenia niskiego współczynnika olśnienia UGR < 19*dla sal lekcyjnych, pomieszczeń biurowych, sal komputerowych.
nie stanowią podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 274 ust. 1 ustawy, na podstawie którego Zamawiający wzywał do uzupełnienia dokumentów. Wskazane powyżej dokumenty nie stanowią podmiotowych środków dowodowych - dokumentów, o których mowa w art. 273 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych
na potwierdzenie: 1) braku podstaw wykluczenia; 2) spełniania warunków udziału
w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Przez podmiotowe środki dowodowe zgodnie z art. 7 pkt 17 ustawy należy rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1.
Dokumenty określone przez Zamawiającego są przedmiotowymi środkami dowodowymi, które zostały zdefiniowane w art. 7 pkt 20 ustawy i są to środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.
Izba wskazuje, że zgodnie z art. 106 ustawy (ust. 1) Zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu
o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Wymaga również odnotowania (ust. 2) zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i związanych z przedmiotem zamówienia, a (ust. 3) żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria. Przepis art. 106 ustawy definiuje cel, sposób
i zakres żądania przedmiotowych środków dowodowych, wskazując jednocześnie na wymogi proceduralne z tym związane. Funkcją przedmiotowych środków dowodowych
w postępowaniu jest potwierdzenie, że oferowane przez wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.
Takie też dokumenty - przywołane powyżej - w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazał Zamawiający. Nie można tym wskazanym przez Zamawiającego dokumentom nadać innego znaczenia w postępowaniu o udzielnie zamówienia jak przedmiotowych środków dowodowych.
W ocenie Izby z puntu widzenia przedmiotowego postępowania istotne jest odniesienie się do treści art. 107 ustawy, zgodnie z ust. 1 tego przepisu jeżeli Zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. Regulacja ta jest jednoznaczna i w żadnej mierze nie ma jakiegokolwiek odstępstwa od tej regulacji,
co oznacza, że Zamawiający nie jest uprawniony do zdefiniowania innego momentu złożenia tych dokumentów w trakcie procedury o udzielnie zamówienia publicznego. Izba podkreśla, że zupełnie czymś innym jest możliwość dokonania uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, które nie zostały złożone wraz z ofertą, bądź nie zostały złożone w całości
a czymś zupełnie innym – niedopuszczalnym w obowiązujących regulacjach prawnych – jest wskazanie na złożenie przedmiotowych środków dowodowych dopiero na wezwanie Zamawiającego. Wymaga podkreślenia w tym miejscu, że w bardzo istotny sposób uległą zmianie regulacja prawna z ustawy z 2019 roku w stosunku do przepisów ustawy z 2004 roku, które w art. 26 regulowały składanie dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego dopiero na wezwanie Zamawiającego. Obecnie obowiązująca regulacja jednoznacznie przesądza, że takie dokumenty muszą zostać złożone wraz z ofertą, a jedynie istnieje możliwość ich uzupełnienia również w ściśle określonych przypadkach i tylko wtedy, gdy Zamawiający taką okoliczność przewidzi w dokumentach postępowania w odniesieniu do wskazanych przedmiotowych środków dowodowych.
Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że Zamawiający w sposób nieuprawniony
i niezgodny z przepisami obowiązującego prawa wymagał złożenia przedmiotowych środków dowodowych dopiero w odpowiedzi na wezwanie skierowane do konkretnego wykonawcy. Takie czynności Zamawiającego na etapie prowadzenia postepowania o udzielnie zamówienia publicznego doprowadziły do tego, że nie było możliwe prawidłowe złożenie oferty przez wykonawców, tj. oferty zawierającej przedmiotowe środki dowodowe. Natomiast należy wskazać,

że Zamawiający chciał aby te przedmiotowe środki dowodowe zostały złożone w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie, ponieważ ich wymagał w SWZ, jednakże w sposób nieuprawniony i niewłaściwy.
Izba nie może wydanym wyrokiem sanować błędnego postępowania Zamawiającego, a fakt jest taki, że Zamawiający w sposób nieuprawniony, nie wynikający z żadnych regulacji prawnych wprowadził do SWZ nieznane ustawie regulacje dotyczące chwili składania przedmiotowych środków dowodowych, która to regulacja jest niezgodna z obowiązującym prawem. Nowowprowadzone regulacje prawne zobowiązującego do składania przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą nie podlegają żadne modyfikacji Zamawiającego. Wymaga wskazania, że żądanie przedmiotowych środków dowodowych proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia oraz związanych z przedmiotem zamówienia (art. 106 ust. 2 ustawy) stanowi zakreślenie granic w jakich te dokumenty mogą być żądane. Jednocześnie ustawowy obowiązek złożenia ich wraz z ofertą (art. 107) powoduje,
że w każdym przypadku dokumenty te będzie w odniesieniu do każdej złożonej oferty oceniał Zamawiający. Pamiętać bowiem należy, że przedmiotowe środki dowodowe potwierdzać mają konkretne wymagania określone przez Zamawiającego, co powinien wskazać Zamawiający. Przedmiotowy środek dowodowy potwierdzać ma spełnienie określonych parametrów, cech czy innych wymogów określonych w opisie przedmiotu zamówienia, a nie je zastępować.
W obliczu powyższych okoliczności faktycznych Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego nie było możliwe złożenie oferty zgodne z SWZ oraz postanowieniami obowiązującej ustawy. To prowadzi do wniosku, że w przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na tym etapie postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, tj. po upływie terminu składania ofert, nie ma już możliwości „naprawy" postanowień SWZ i ich konwalidowania w sposób zgodny z ustawą. Wada w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego ma nieusuwalny charakter – nie jest możliwe jej skorygowanie przez Zamawiającego w toku postępowania przez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności.

Izba stwierdziła, że brak możliwości unieważnienia czynności złożenia i otwarcia ofert uniemożliwia powrót do etapu postępowania o udzielnie zamówienia obarczonego wadą
tj. modyfikacji postanowień SWZ. Brak możliwości nakazania przez Izbę unieważnienia wadliwych czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, powoduje, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy
w sprawie zamówienia publicznego (art. 255 pkt 6 ustawy). Wymaga odnotowania w tym miejscu, że taki stan rzeczy wielokrotnie podnoszony był w orzecznictwie Izby jak również wielokrotnie był przedmiotem wydawanych przez Izbę Uchwał w ramach rozpoznania zastrzeżeń do wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publiczny.

Jednocześnie wadliwość pierwotnej czynności Zamawiającego powoduje, że nie jest zasadnym poddawanie ocenie przedmiotowych środków dowodowych przedstawionych przez Energa. Wymaga podkreślenia, że złożenie tych dokumentów nastąpiło niezgodnie
z ustawą ale w świetle postanowień SWZ, co uzasadniało działanie Odwołującego podnoszenia zarzutów względem oceny tychże przedmiotowych środków dowodowych dokonanej przez Zamawiającego, oczywiście w zakresie interesu jaki posiadał Odwołujący. Jednakże, zasadność argumentacji Odwołującego, która potwierdza się chociażby w braku przedstawienia przez Energa obliczeń w programie Dialux w potwierdzających niski współczynnik olśnienia (UGR < 19) dla sal lekcyjnych, pomieszczeń biurowych, sal komputerowych – co przyznali również pełnomocnicy Energa – nie powoduje w żaden sposób sanowania czynności Zamawiającego w prowadzaniu postępowania o udzielnie zamówienia publicznego.
Izba podkreśla, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego przedmiotowe środki dowodowe (zgodnie z ustawą składane wraz z ofertą) uzupełniane na wezwanie Zamawiającego tak jak podmiotowe środki dowodowe, zostały złożone w sposób niezgodny z obowiązującym prawem, tym samym ich ocena nie jest możliwa zgodnie
z obowiązującymi regulacjami prawnymi.

Mając powyższe na uwadze Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pod nazwą *„Wykonanie modernizacji oświetlenia wewnętrznego z istniejącego na LED-owe*
*w budynkach oraz obiektach sportowych w: SP Nr 1, SP Nr 2, SP Nr 4, Budynku Urzędu Miasta przy ul. Dworcowej"* na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych. Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu, w tym Zamawiającego – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają sztywną regulację postępowania, w zamian gwarantującą przejrzystość postępowania. Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych obowiązującą ustawą Prawo zamówień publicznych. W żaden sposób i niczym nie można wytłumaczyć działania Zamawiającego, poza stwierdzeniem, że nie zastosował on obowiązujących przepisów prawa, w tym regulacji, które są inne w stosunku do wcześniej funkcjonującej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku.

**Izba wskazuje,** że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ
lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu
lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz
w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.
W rozpoznawanie sprawie odwołanie okazało się zasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574
i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu
o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów
z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.
Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

**Przewodniczący: ……...**