

WYROK

z dnia 30 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2021 r. przez wykonawcę M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „EL-M” M. M., Kosów Lacki, w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Ciechanowiec, przy udziale wykonawcy A. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ADKOP A. O., Gielczyn, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy ALPIDA sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „EL-M” M. M., Kosów Lacki i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „EL-M” M. M., Kosów Lacki tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2 zasądza od wykonawcy M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „EL-M” M. M., Kosów Lacki na rzecz zamawiającego Gminy Ciechanowiec kwotę 3 600 zł 00 gr (kwotę: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień

Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze 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 3337/21

UZASADNIENIE

W dniu 15 listopada 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo- Usługowe „EL-M” M. M. (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Gminie Ciechanowice (dalej „Zamawiający”) naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ADKOP A. O. ze względu na to, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia tj. z powodu tego, iż w swojej ofercie ADKOP A. O. zaoferowało oprawy niezgodne z warunkami zamówienia.
- 2) art. 226 ust 1 pkt 2 lit a poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ADKOP A. O. ul. Spokojna 29, 18-400 Gielczyn w związku z art. 109 ust 1 pkt. 8 i 10 z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd i złożenia nieprawdziwych informacji;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechania odrzucenia ALPIDA Sp. z o.o. Warszawa ze względu na to, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia tj. z powodu tego, iż w swojej ofercie ALPIDA Sp. z o.o. zaoferowało oprawy niezgodne z warunkami zamówienia;
- 4) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty ADKOP A. O. oraz ALPIDA Sp. z o.o., pomimo, iż ich treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty ADKOP A. O. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, dokonania czynności odrzucenia oferty ADKOP A. O., dokonania odrzucenia oferty ALPIDA Sp. z o.o. Warszawa, powtórzenia czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu oraz wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu przedstawionych zarzutów Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest „Dostawa wraz z montażem opraw i urządzeń oświetlenia ulicznego w mieście Ciechanowice”. W dniu 10.11.2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty ADKOP A. O. ul. Spokojna 29, 18-400 Gielczyn. W zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że w wyroku z dnia 8 maja 2013 r., XII Ga 186/13, Sąd Okręgowy w Gdańsku zwrócił uwagę na kwestię treści oferty: oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji. Na gruncie przepisów ustawy Pzp treść oferty to oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym, stanowiące jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. W orzecznictwie przez pojęcie treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (zob. wyrok z dnia 10 października 2011 r., KIO 2345/11).

Odwołujący wskazał, że w swojej ofercie firma ADKOP A. O. przedstawiła kartę katalogową oprawy NEW LED produkcji Arealamp. Karta ta obejmuje wszystkie modele tego producenta tj. NEW LED 1 NEW LED 2 i NEW LED 3, które różnią się między sobą m.in. strumieniem

świetlnym, mocą i innymi parametrami. Należy tu zwrócić uwagę, że w ofercie wykonawca wskazał, iż oferuje dla opraw 20W, 38W, 56W, 75W oprawy Areolamp New Land 1, dla opraw 83W, 120W oprawy Areolamp New Land 2. Podane moce należy zestawić z mocami opraw NEW LED 1 i NEW LED 2 podanymi w karcie katalogowej NEW LAND 1 moce wynoszą odpowiednio 17W, 25W, 33W oraz 50W dla NEW LAND 2 moce wynoszą 33W, 50W, 67W oraz 75W. Zdaniem Odwołującego, z tego zestawienia wynika jasno nawet dla osoby, która nie jest specjalistą z dziedziny opraw oświetleniowych, że wykonawca oferuje urządzenia, które nie istnieją. A więc wykonawca wprowadza Zamawiającego w błąd, podaje nieprawdziwe informacje oferując produkt, który nie istnieje. W ocenie Odwołującego wykonawca swoim działaniem ewidentnie wprowadził Zamawiającego w błąd. Zgodnie z art. 109 ust 1 pkt 8 wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Informacja niezgodna z rzeczywistością, informacja nieprawdziwa (wprowadzająca w błąd) to złożone przez wykonawcę oświadczenie wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy (tak też wyrok KIO z 18.04.2017 r., KIO 576/17, LEX nr 2300080). Przesłanka wykluczenia określona w cytowanym przepisie posługuje się zwrotem w formie dokonanej „wprowadził w błąd”, zatem podstawą wykluczenia nie może być tylko próba bądź zamiar wprowadzenia zamawiającego w błąd, a jedynie faktyczne wywołanie u zamawiającego mylnego wyobrażenia o faktach dotyczących kwestii podlegania wykluczeniu wykonawcy, spełnienia warunków udziału lub kryteriów selekcji (wyrok KIO z 27.03.2018 r., KIO 444/18, LEX nr 2507152). Z kolei przesłanka z art. 109 ust 1 pkt 10, który stanowi, że wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z powyższego wynika, że po stronie zamawiającego nie musi powstać mylne wyobrażenie o faktach na skutek przedstawionych przez wykonawcę informacji, wystarczające jest, iż takie wyobrażenie mogło powstać. Istotne są sama treść informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od tego, czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło (wyrok KIO z 2.11.2017 r., KIO 2007/17, LEX nr 2406828). Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. (podobnie wyrok KIO z 4.05.2017 r., KIO 734/17, LEX nr 2311273; wyrok KIO z 7.06.2017 r., KIO 1004/17, LEX nr 2314509; wyrok KIO z 10.10.2017 r., KIO 2003/17, LEX nr 2406824). W przedmiotowym postępowaniu mamy właśnie do czynienia z sytuacją, w której wykonawca, nie tyle miał zamiar, ile świadomie wprowadził w błąd Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że co prawda karta katalogowa nie była wymagana, ale to nie zmienia faktu, że Zamawiający nie powinien zignorować informacji zawartych w ofercie. Taki stan rzeczy został potwierdzony w jednej z uchwał pokontrolnych KIO „Zdaniem Urzędu Zamówień Publicznych, zamawiający miał obowiązek weryfikacji załączonego do oferty dokumentu (omawiana decyzja administracyjna), choć nie był wymagany przez zamawiającego, wnosił istotne informacje mające znaczenie zarówno przy ocenie spełnienia warunku udziału w przetargu, jak i w konsekwencji na ewentualny wynik. Organizator przetargu, będąc w posiadaniu spornego dokumentu, powinien wziąć go pod uwagę w trakcie badania ofert, ponieważ z treści wykazu osób nie można określić, czy posiadają one stosowne kwalifikacje, czy też nie. Stanowisko prezesa UZP, podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w wynikach kontroli doraźnej. Zdaniem Izby: Załączony do oferty dokument (omawiana decyzja administracyjna), jakkolwiek nie było obowiązku przedkładania go, jako zawierający istotne informacje mające znaczenie w przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu i ewentualny wpływ na wynik, powinien być poddany badaniu i uwzględniony przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zważywszy, iż stanowi on dowód istotny przy podejmowaniu decyzji przez zamawiającego, w tym także o wyniku postępowania. (sygn. akt KIO/KD 19/17).”

W zakresie drugiej oferty złożonej przez firmę ALPIDA Sp. z o.o., to zdaniem Odwołującego zgodnie z treścią złożonej oferty firma ta oferuje oprawy EFL POLARIS ARIS 30-100 W

OPRAWA ULICZNA. Według dołączonego do SWZ załącznika nr 3 należy przeprowadzić wymianę opraw o mocach zgodnych z „załączonym zestawieniem (Inwentaryzacja oświetlenia ulicznego w zakresie do modernizacji PKTOS z zestawieniem projektowym)” podane moce opraw to 20W, 38W, 56W, 75W, 83W, 120W. Zaoferowane oprawy przez firmę ALPIDA posiadają moc od 30W do 100W, więc są niezgodne z wymaganiami zamawiającego. Zaoferowanie opraw o innej mocy powinno być poparte obliczeniami sprawdzającymi i pokazujące, że całościowa moc jest zgodna z dokumentacją projektową. Wykonawca takich obliczeń nie przedstawił. Najmniejsza wymagana w SWZ moc wynosi

20W a wykonawca oferuje oprawy od 30W, dodatkowo nie wiadomo jakiej mocy będą pozostałe oprawy. Zdaniem Odwołującego z powyższego jasno z tego wynika, że wykonawca oferuje przedmiot zamówienia niezgodny z SWZ. Art. 223 ust 1 stanowi, że „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert (...) Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty (...) dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.” Tak więc nawet gdyby Zamawiający zażądał wyjaśnień nie mogłyby one spowodować zaoferowania innych opraw niż te podane w ofercie.

W ocenie Odwołującego zarówno wykonawca ADKOP A. O. jak również ALPIDA Sp. z o.o. zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, które stanowiły treść oferty sensu stricto, opisując zobowiązanie wykonawcy względem Zamawiającego. Zgodnie z art. 7 pkt 29 nowej ustawy Pzp warunki zamówienia to warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dodatkowo ADKOP A. O. prowadził Zamawiającego w błąd oferując oprawy, które nie istnieją co powoduje, że powinien zostać wykluczony na podstawie art. 109 ust 1 pkt 8 i 10 a jego oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2 lit a. Jest to również niezgodność w sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu zobowiązania przyjętego na siebie przez wykonawców ADKOP oraz ALPIDA Sp. z o.o. w stosunku do wymagań Zamawiającego. Zamawiający nie jest władny do samodzielnej poprawy tej niezgodności, nie może również negocjować z wykonawcą treści oferty ani dokonywać w niej żadnych zmian.

W zakresie naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że w konsekwencji powyższych uchybień Zamawiający naruszył także przepis art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty ADKOP A. O. oraz ALPIDA Sp. z o.o., co uznać należy jako złamanie jednej z naczelnych zasad zamówień publicznych tj. zachowania uczciwej

konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający po otwarciu ofert nie może ich oceniać w sposób dowolny, ale tylko w taki, jaki podał w specyfikacji. Nie powinien

również oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami - w tym przypadku bardzo blisko jest już do dowolności ocen, co narusza art. 7 ustawy (Wyrok Zespołu Arbitrów z 28.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-121/05). Odwołujący podkreślił, że postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem o wysoce sformalizowanym charakterze, wobec czego brak w nim miejsca na dowolność działań po stronie zamawiającego (Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22.07.2005 r. sygn. akt V Ca 592/05). W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji, albowiem w sposób dowolny pozbawiony podstaw prawnych dokonał wyboru oferty ADKOP A. O. zamiast ją odrzucić. Zamawiający także w sposób dowolny pozbawiony podstaw prawnych nie dokonał odrzucenia oferty ALPIDA Sp. z o.o.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa wraz z montażem opraw i urządzeń oświetlenia ulicznego w mieście Ciechanowiec”.

Izba ustaliła, że w załączniku nr 3 do SWZ, Zamawiający opisał wymagane parametry oświetlenia, w tym wymagana moc opraw oświetleniowych: 20, 38, 56, 75, 83 i 120 W.

Izba ustaliła, że Zamawiający nie wymagał złożenia żadnych kart katalogowych ani innych dokumentów potwierdzających zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z

wymaganiami wskazanymi w SWZ.

Izba ustaliła, że w formularzu oferty, wykonawca składał następujące oświadczenia: (a) SKŁADAMY OFERTE na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze Specyfikacją

Warunków Zamówienia dla niniejszego postępowania (SWZ) i oferujemy następujące oprawy LED (producent, model, typ); (b) OŚWIADCZAMY, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia oraz wyjaśnieniami i zmianami SWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznajemy się za związanych określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania.

Izba ustaliła, że w postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

Numer oferty i nazwa Wykonawcy	Liczba pkt w kryterium cena	Liczba pkt w kryterium Okres gwarancji	Razem punktacja
1 - ADKOPA. O. ul. Spokojna 29, 18-400 Giełczyn	c= (392.985,00 /392.985,00) X 60 60,00 pkt	G=120/120x40 40,00 pkt	100,00 pkt
2 - Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „EL-M” M. M. ul. Leśna 3, 08-330 Kosów Lacki	c= (392.985,00 /447.351,00) x 60 52,71 pkt	G=120/120x40 40,00 pkt	92,71 pkt
3 - ALPIDA sp. z o.o. ul. Franciszka Klimczaka 20 lok. 86 02-797 Warszawa	c= (392.985,00 /440.000,00) X 60 53,59 pkt	G=120/120x40 40,00 pkt	93,59 pkt

Izba ustaliła, że Przystępujący w złożonej ofercie w pkt I oświadczył, że dla opraw: 20W, 38W, 75W oferuje oprawę Arealamp NewLed. Dla opraw 83W i 120W oferuje oprawy Arealamp NewLed 2.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 10 listopada 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta Przystępującego.

Izba zważyła co następuje:

Postępowanie odwoławcze podlegało częściowemu umorzeniu. Zamawiający uwzględnił bowiem zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy ALPIDA sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, co skutkowało umorzeniem postępowania ww. zakresie.

W zakresie rozpatrywanym przez Izbę, odwołanie podlegało oddaleniu.

Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający określa warunki zamówienia w SWZ. W tym zakresie zastosowanie ma, w szczególności, przepis art. 99 ust. 1 ustawy Pzp stanowiący o tym, że Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Korelacją obowiązku Zamawiającego wynikającego z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, jest obowiązek wykonawcy przygotowania swojej oferty w sposób określony przez Zamawiającego w SWZ, a więc określenie swojego świadczenia na rzecz Zamawiającego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Sposób określenia takiego świadczenia co do zasady winien wynikać z postanowień SWZ. Zamawiający również określa w SWZ zakres dokumentacji niezbędnej, w jego ocenie, do weryfikacji zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami wskazanymi w SWZ. Należy również podkreślić, że w przypadku odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający musi w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości ustalić co i w jakim zakresie w ofercie wykonawcy jest niezgodne z jasno określonymi wymaganiami przedmiotu zamówienia określonymi w SWZ.

W analizowanym stanie faktycznym, Izba zauważa, że zgodnie z postanowieniami SWZ, Zamawiający na etapie składania ofert nie wymagał dostarczenia kart katalogowych proponowanych opraw. Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą żadnych innych dokumentów potwierdzających zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia ze SWZ, opierając się w tym zakresie na oświadczeniu wykonawcy składanemu w formularzu oferty, że oferuje przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w SWZ. Takie oświadczenie Przystępujący złożył. Potwierdził, że oferuje przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami zawartymi w SWZ, a tym samym wykazał w sposób wymagany przez Zamawiającego zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia ze wymaganiami wskazanymi w SWZ.

Dalej Izba wskazuje, że okolicznością bezsporną w sprawie jest to, że Przystępujący złożył wraz z ofertą kartę katalogową oprawy New Led Firmy Arealamp sp. o.o. Dokument ten został złożony przez wykonawcę pomimo braku takiego wymagania w SWZ. Wykonawca wyjaśnił, że celem złożenia karty katalogowej było umożliwienie Zamawiającemu zapoznania się z oprawami jakie zamierza zamontować w ramach realizacji zamówienia. Na podstawie informacji zawartych w karcie katalogowej, Odwołujący obecnie twierdzi, że oferowany przez wykonawcę oprawy nie spełniają wymagań wsadzanych w SWZ w zakresie mocy. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Po pierwsze, zgodnie ze SWZ Zamawiający oceniał zgodność oferowanego produktu wyłącznie na podstawie oświadczenia. Takie oświadczenie Przystępujący złożył. Po drugie, zdaniem Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, złożone przez Przystępującego karta katalogowa nie potwierdza, iż oferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia jest niezgodny z wymaganiami wskazanymi w SWZ. Złożona przez Przystępującego karta katalogowa ma charakter informacyjny, co potwierdza jej treść. Izba zauważa, że podane w karcie katalogowej moce opraw oraz strumienie świetlne mają charakter przykładowy o czym świadczy zapis „podane parametry są przykładowe”,

„możliwość dostosowania mocy i strumienia świetlnego optymalnie do projektu”. To zdaniem Izby oznacza, że producent przewiduje możliwość indywidualnego dobierania opraw i ich mocy do zapotrzebowania klientów. Przystępujący w złożonej ofercie wpisał dedykowane moce opraw jakie zamierza zamontować, które pokrywają się z wymaganiami wskazanymi w SWZ. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie niezgodności oferowanych opraw LED przez Przystępującego z wymaganiami wskazanymi w SWZ. Przypuszczenia zaś Odwołującego oparte na karcie katalogowej, która ma charakter poglądowy i zgodnie z którą możliwe jest indywidualny dobór produktów dla klienta, nie jest wystarczającym dowodem na odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Po trzecie Izba wskazuje, że Przystępujący złożył Zamawiającemu oświadczenie producenta Arealamp z dnia 19 listopada 2021 r., w treści którego zawarte jest oświadczenie Prezesa zarządu spółki Arealamp, że produkty oferowane przez Przystępującego spełniają wymagania techniczne określone przez Zamawiającego. Poza zanegowaniem wartości dowodowej złożonego dokumentu, Odwołujący nie złożył żadnych dowodów przeciwnych na obalenie prawdziwości oświadczenia zawartego ww. dokumencie.

Należy podkreślić raz jeszcze, że na etapie składania ofert, Zamawiający nie wymagał złożenia żadnych dokumentów potwierdzających zgodność oferowanych produktów z wymaganiami wskazanymi w SWZ. Zamawiający uznała za wystarczające oparcie się na oświadczeniu wykonawcy. Na etapie przed przystąpieniem do prac Zamawiający zobowiązał wykonawcę do przedstawienia do zatwierdzenia między innymi tzw. wniosków materiałowych, w których mają się znaleźć certyfikaty, karty inwestycyjne opraw oświetleniowych zgodne z SWZ. Dodatkowo przed przystąpieniem wybranego wykonawcy do prac montażowych, zobowiązany jest on do złożenia kart inwestycyjnej producenta opraw z dokładnymi danymi dotyczącymi mocy i strumienia świetlnego zgodnie z dokumentacją projektową (przetargową). W ocenie Izby, za nieuprawnione więc uznać należały żądanie od wykonawcy na etapie badania i oceny ofert kart katalogowych czy materiałowych w celu potwierdzenia zgodności ze SWZ. Zamawiający taką weryfikację dokumentami przesunął na etap przed przystąpieniem do wykonania umowy. W tym zakresie Odwołujący miał prawo kwestionować zapisy SWZ na etapie ich publikacji, jeśli uważał, że konieczne czy niezbędne jest złożenie karty katalogowej wraz z ofertą. Należy zauważyć, że wykonawca może kwestionować zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami wskazanymi w SWZ. W tym celu wykonawca musi jednak wykazać obiektywną niemożność wykonania przez oferenta świadczenia określonego w ofercie zgodnie z wymogami SWZ. Takich okoliczności Odwołujący nie wykazał. Nie ma bowiem żadnego dowodu w sprawie na podstawie, którego Izba mogłaby przyjąć, iż oprawy zaoferowane przez Przystępującego, o mocy określonej w ofercie, nie będą dostarczone przez producenta tj. firmę Arealamp. Ze złożonych przez Przystępującego dokumentów tj. karty katalogowej oraz oświadczenia z dnia 19 listopada 2021 r. wynika, że takie oprawy są możliwe do wyprodukowania. Izba uznała, że bez znaczenia dla sprawy ma dowód złożony przez Odwołującego dotyczący

obliczeń fotometrycznych. Izba wskazuje, że Odwołujący nie postawił zarzutu w treści odwołania w zakresie spełnienia wymagań fotometrycznych.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, niezasadny jest również zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd i złożenia nieprawdziwych informacji. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. W pkt 10, ustawodawca wskazał, że wykluczeniu podlega również wykonawca, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, że przesłanką konieczną do zastosowania wobec wykonawcy art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp jest wykazanie przez Odwołującego, że wykonawca przekazał Zamawiającemu informacje nieprawdziwe, wprowadzające w błąd. Takich okoliczności w analizowanym stanie faktycznym, jak Izba wskazała powyżej, Odwołujący nie wykazał. Tym samym, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Mając na uwadze, powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący: