

Sygn. akt: KIO 182/23

Wyrok

z dnia 3 lutego 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2023 roku przez Odwołującego: J. Electric Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Twardogóra

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu podniesionego w pkt 2 petitum odwołania dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1) pkt. 5) oraz art. 226 ust. 1) pkt 2) lit. c) ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę POLLIGHT Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, która to oferta nie odpowiada treści warunków zamówienia oraz który w wyznaczonym terminie nie złożył wymaganych przedmiotowych środków dowodowych, które nie podlegały uzupełnieniu,
2. uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert w tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Twardogóra i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 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 182/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Twardogóra prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zamówienie pn. „Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Twardogóra” Znak sprawy IT.271.29.2022.AK. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 z późn. zm.), zwaną dalej „Pzp” lub „Ustawa”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr: Dz. U./S S228 654244-2022-PL.

W dniu 20 stycznia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę J. Electric Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Odwołującym”, wobec czynności oraz zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą tj. oferty złożonej przez Wykonawcę POLLIGHT Sp. z o. o. AL. J. Ch. Szucha 11B lok.H2, 00-580 Warszawa oraz
- 2) pozbawionym podstaw faktycznych i prawnych odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego, którego oferta nie podlegała odrzuceniu,
- 3) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Pollight Sp. z o.o., pomimo że, oferta złożona przez tego Wykonawcę podlegała odrzuceniu oraz w konsekwencji dokonaniu wadliwej czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1) pkt. 5) ustawy Pzp poprzez pozbawione podstaw faktycznych i prawnych odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo że treść oferty złożonej przez Odwołującego odpowiada warunkom zamówienia,
2. art. 226 ust. 1) pkt. 5) ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1) pkt 2) lit. c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę POLLIGHT Sp. z o. o., która to oferta nie odpowiada treści warunków zamówienia oraz który w wyznaczonym terminie nie złożył wymaganych przedmiotowych środków

dowodowych, które

nie podlegały uzupełnieniu.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności badania i oceny ofert w tym unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
- odrzucenie oferty złożonej przez Wykonawcę, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą tj. oferty złożoną przez Wykonawcę Pollight Sp. z o.o.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą Pzp. Gdyby Zamawiający dokonał prawidłowej czynności badania i oceny ofert, wówczas uznałby ofertę Odwołującego za najkorzystniejszą. Oferta Odwołującego plasuje się bowiem w rankingu ofert przed ofertą Wykonawcy, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą. Niezależnie więc czy Zamawiający odrzuciłby ofertę złożoną przez Wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu winien uznać za najkorzystniejszą ofertę Odwołującego. Zamawiający w wyniku uwzględnienia odwołania na czynność odrzucenia oferty Odwołującego 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 uzyskałaby 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.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1) pkt. 5) ustawy Pzp, poprzez pozbawione podstaw faktycznych i prawnych odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo że treść oferty złożonej przez Odwołującego odpowiada warunkom zamówienia, Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

Zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty Odwołującego w ten sposób, że w ocenie Zamawiającego oprawa ozdobna A zaoferowana przez Odwołującego nie spełnia wymagań Zamawiającego w obszarze wymiarów tj. wysokości oraz średnicy.

Niespornym jest, że cechy i parametry techniczne oprawy ozdobnej A zostały wyspecyfikowane w tabeli nr 7 załącznika nr 1 do SWZ „Wymagania wydajności i funkcjonalności oświetlenia Gmina Twardogóra”.

W treści wskazanego Załącznika nr 1 do SWZ (tabela nr 7, str. 14, pkt. 3) średnica i wysokość oprawy ozdobnej A zostały opisane precyzyjnie jak niżej:

„Maksymalne wymiary oprawy 700 mm wysokości oraz 700 mm średnicy. Dopuszczalna

tolerancja  $\pm 10\%$ ”

Odwołujący, co również jest niesporne pomiędzy Stronami, dla oprawy ozdobnej A przedłożył kartę katalogową oprawy typ „Avenida Heritage Lens”, której wymiary wynoszą jak poniżej:

L (średnica) 561 mm, H (wysokość) 426 mm.

W ocenie Zamawiającego (cyt. informacja o odrzuceniu oferty): „Zgodnie z tabelą nr 7 załącznika nr 1 do SWZ wymiary oferowanej oprawy ozdobnej typ A, uwzględniając zakładaną tolerancję wymiarów, winny się zawierać w przedziale:

L (średnica) 630 - 770 mm,

H (wysokość) 630 - 770 mm. Oferowana przez Wykonawcę oprawa nie spełnia zatem wymagań SWZ.

Wskazana powyżej teza Zamawiającego, która stanowi sedno odrzucenia oferty Odwołującego, w żaden jednak sposób nie wynika z literalnej treści Załącznika nr 1 do SWZ (tabela nr 7, str. 14, pkt. 3).

Trudno zrozumieć na jakiej podstawie Zamawiający przyjął tego rodzaju wykładnię postanowień Załącznika nr 1 do SWZ, jednak z całą pewnością tego rodzaju wykładnia nie wynika z literalnej treści SWZ i nie została podana do wiadomości Wykonawców biorących udział w postępowaniu w żaden sposób.

Zamawiający prezentuje wykładnie odmienną od literalnej treści SWZ jakoby Wykonawca miał zaoferować o oprawę o wymiarach minimalnych 700 mm z tolerancją +/- 10%. Natomiast treść Załącznika nr 1 do SWZ wprost stanowi o maksymalnym rozmiarze z dopuszczalną tolerancją +/- 10%.

W konsekwencji zgodnie z SWZ każda oprawa o wymiarach (średnica, wysokość) mniejszych lub równych 770 mm spełnia wymogi SWZ.

Zauważyć należy, że w ten sam sposób treść postanowień SWZ zrozumiał także inny Wykonawca, który zaoferował identyczną oprawę ozdobną A co Odwołujący tj. Avenida Heritage Lens, której wynoszą jak poniżej: L (średnica) 561 mm, H (wysokość) 426 mm.

W konsekwencji co najmniej 2 z 5 Wykonawców biorących udział w postępowaniu w ten sam literalny sposób odczytało wymagania SWZ.

Dla porównania warto także zauważyć w jaki sposób Zamawiający opisał wymiary dla kolejnej oprawy wskazanej w tabeli nr 7 Załącznika nr 1 do SWZ:

Ozdobna B:

Zapis ze specyfikacji:

H=760, z tolerancją w przedziale <-10%; +40%> ,

L=440mm, z tolerancją w przedziale <-10%; +40%>

W tym przypadku Zamawiający wprost oczekuje oprawy o konkretnych wymiarach z tolerancją <-10%; +40%>

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1) pkt. 5) ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1) pkt 2) lit. c) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę POLLIGHT Sp. z o.o., która to oferta nie odpowiada treści warunków zamówienia, oraz który w wyznaczonym terminie nie złożył wymaganych przedmiotowych środków dowodowych które nie podlegały uzupełnieniu, Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

Zgodnie z pkt. 3.7 SWZ:

„3.7. Zamawiający wymaga w niniejszym postępowaniu złożenia przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający żąda, by wykonawca złożył wraz z ofertą następujące przedmiotowe środki dowodowe:

3.7.1. związane z przedmiotowymi kryteriami oceny ofert:

1) dokument niezbędny do określenia całkowitej mocy zainstalowanej wszystkich opraw oferowanych przez wykonawcę tj. obliczenia fotometryczne oświetlenia dróg i ulic wykazujące zgodność z Normą PN-EN 13201:2016, z zastosowaniem mocy nie większej niż 111,37 kW i z uwzględnieniem wszystkich elementów zawartych w obliczeniach wskazanych w „Opisie wymagań dotyczących wydajności i funkcjonalności modernizowanego systemu oświetlenia drogowego na terenie Gminy Twardogóra” – Załącznik nr 1 do SWZ,

2) pliki fotometryczne zastosowanych w obliczeniach opraw w formie bazy danych, umożliwiające na jej podstawie dokonanie wyliczeń parametrów oświetleniowych drogi

w ogólnie dostępnym programie komputerowym do wspomaganie obliczeń w formacie

eulmdat (Ldt),

3) dokument niezbędny dla oceny trwałości strumienia światła oprawy ulicznej L80B10, którym jest sprawozdanie z badania LM-80-08 źródeł światła LED wykonanego przez akredytowane laboratorium wraz z prognozą trwałości strumienia, zgodną ze wzorem Memorandum Technicznym TM 21-11 dla temp. referencyjnych  $T_s$  ( $T_c$ ) = 55°C oraz 85°C lub inny dokument równoważny. Przy czym za dokument równoważny do LM-80-08 oraz TM-21-11 uznaje się sprawozdanie z badania przeprowadzonego w akredytowanym laboratorium przy zachowaniu standardów badania trwałości strumienia światła LED zgodnych z procedurą LM-80-08, we wskazanych warunkach otoczenia tj. badania strumienia  $L_f$  wykazanej w formie tabelarycznej, co ok. 1000 godzin min. 5 razy w ciągu testowanego czasu min. 10 000 godzin w temperaturach

wskazanych jako referencyjne tj.  $T_s$  ( $T_c$ ) = 55°C oraz 85°C wraz z prognozą trwałości strumienia dla tych temperatur, zgodną ze wzorem matematycznym używanym w przypadku Memorandum Technicznego TM-21-11.”

Zgodnie natomiast z pkt. 3.7.4 SWZ:

„3.7.4. Przedmiotowe środki dowodowe wskazane w pkt 3.7.1. nie podlegają uzupełnieniu, zgodnie z art. 107 ust. 3 ustawy Pzp”

Wykonawca Pollight Sp. z o.o. przedłożył przedmiotowe środki dowodowe o których mowa w pkt. 3.7.1 pkt. 2 SWZ, tj. pliki fotometryczne w formacie. ldt, które potwierdzają, że oferta tego Wykonawcy nie odpowiada warunkom zamówienia bowiem posiada zawyżony strumień światła względem wymagań Zamawiającego określonych w projekcie. Rozbieżności

w zakresie strumienia światła są istotne, bowiem strumień świetlny to podstawowy parametr oświetlenia, którego dostawa stanowi przedmiot zamówienia. To właśnie od wskazanego strumienia światła bezpośrednio zależy czy obliczenia fotometryczne Wykonawcy wykonane na bazie danych technicznych opraw w formie bazy danych (plik w formacie eulmdat -.LDT) są zgodne z obliczeniami Zamawiającego tj. spełniają wymogi normy PN-EN 13201:2016. Wskazana norma określa parametry oświetleniowe jakie oświetlenie dróg publicznych powinno spełniać. Zamawiający również wymaga by każda oprawa pozwalała uzyskać min. parametry oświetleniowe zgodnie z daną normą (str. 26 Załącznika nr 1 do SWZ, pkt. 6.1. lit. b).

Mając na względzie powyższe wskazać nadto należy, że Wykonawca POLLIGHT Sp. z o.o. nie przedłożył kompletu wymaganych przedmiotowych środków dowodowych, która to okoliczność stanowi odrębną podstawę odrzucenia oferty tego Wykonawcy zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp oraz SWZ.

W dniu 27 stycznia 2023 r. Zamawiający wniósł Odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzut naruszenia art. 226 ust. 1) pkt. 5) ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1) pkt 2) lit. c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę POLLIGHT Sp. z o. o., która to oferta nie odpowiada treści warunków zamówienia oraz który w wyznaczonym terminie nie złożył wymaganych przedmiotowych środków dowodowych, które nie podlegały uzupełnieniu (zarzut podniesiony w pkt 2 petitum odwołania) oraz wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Zamawiający wskazał, że W zakresie zarzutu nr 1 tj. pozbawionej podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo że treść

oferty złożonej przez Odwołującego odpowiada warunkom zamówienia Zamawiający stoi na stanowisku,

że zarzut ten nie jest zasadny. Zgodnie z treścią załącznika 1 do SWZ, wymaganie wobec oprawy ozdobnej było zdefiniowane, jak w opisie poniżej:

Oprawa przeznaczona do montażu jako oprawa zwieszana na specjalnym wysięgniku. Oprawa wyposażona w uchwyt umożliwiający montaż do wysięgnika o średnicy zewnętrznej 43 mm. Maksymalne wymiary oprawy 700 mm wysokości oraz 700 mm średnicy. Dopuszczalna tolerancja  $\pm 10\%$  ” strona 14 zał. 1 tabela 7 wiersz 3.

Tolerancja wg Normy PN-EN 22768-1:1999 liczona powinna być od wartości Nominalnej — N W przypadku kwestionowanej oprawy jest to wartość  $N=700$  mm. Graniczna dolna procentowa wartość tolerancji to  $-10\%$ , natomiast górna wartość graniczna to  $+10\%$ . Podstawą takiej interpretacji jest Norma PN-EN 22768-1 : 1999 oraz PN-EN 22768-2:1999, która stanowi, że:

Wymiary nominalne N są to wymiary przedmiotów podawane na rysunkach. Wymiary rzeczywiste uzyskane w praktyce są zawsze nieco większe lub nieco mniejsze od wymiarów nominalnych ze względu na błędy wykonania przedmiotów. Tolerowanie wymiarów polega na podawaniu dwóch wymiarów granicznych: dolnego A i górnego B, pomiędzy którymi powinien się znaleźć wymiar nominalny. Tolerancja T wymiaru jest to różnica pomiędzy górnym i dolnym wymiarem granicznym. Dla zaferowanej oprawy oznacza zakres przedziału obustronnie zamkniętego: wysokość  $<630\text{mm};770\text{mm}>$  oraz średnica  $<630\text{mm};770\text{mm}>$  Zaferowana przez Odwołującego oprawa ma wymiary: średnica - 561 mm x 426 mm - wysokość. Ponieważ 561 mm oraz 426 mm są mniejsze od 630 mm to oznacza, że oba wymiary są poniżej wartości najmniejszej ze wskazanej, jako dopuszczalna dolna granica w przedziale powyżej. Oprawa w stosunku do wymogu określonego w załączniku I jest za mała w obu wymiarach.

Wykonawca potwierdził, że zaferował oprawę o wymiarach, gdzie średnica - 561 mm x 426 mm — to wysokość. Pozostaje to poza sporem.

Odwołujący przyjął interpretację wartości Nominalnej wskazanej w SWZ zał. Nr 1 odmiennie od tego jak reguluje to Norma PN-EN 22768-1 przyjmując własną interpretację wartości Nominalnej, która nie występuje w SWZ zał. nr I twierdząc, że: „W konsekwencji zgodnie z SWZ każda oprawa o wymiarach (średnica, wysokość) mniejszych lub równych 770 mm spełnia wymogi SWZ.

Jest to rozumowanie prawidłowe o tyle, jeżeli nie zostanie uwzględniony dolny wymiar dopuszczonej przez SWZ zał. nr I tolerancji czyli  $-10\%$  od wartości 700 mm, co skutkuje, że oprawa nie może być mniejsza niż 630 mm (wysokości i średnicy). Oprawa zaproponowana przez Odwołującego, ponad wszelką wątpliwość jest mniejsza.

Ponieważ oprawy małe tego samego typu są znacząco tańsze, (mniej użytego materiału itp.) taki zapis powodowałby nieporównywalność ofert a w konsekwencji brak możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Zamawiającego, wskazane okoliczności i argumentacja przedstawiona w odwołaniu dotycząca zarzutu nr 1 nie zasługują na uwzględnienie i odwołanie powinno zostać oddalone w części dotyczącej tego zarzutu.

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

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że

Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

W zakresie zarzutu drugiego, dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1) pkt. 5) ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1) pkt 2) lit. c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę POLLIGHT Sp. z o. o., która to oferta nie odpowiada treści warunków zamówienia oraz który w wyznaczonym terminie nie złożył wymaganych przedmiotowych środków dowodowych, które nie podlegały uzupełnieniu, w związku z jego uwzględnieniem przez Zamawiającego, postępowanie odwoławcze w tym zakresie zostało umorzono, bez merytorycznego rozpoznania zarzutu.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie zarzutu podniesionego w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1) pkt. 5) ustawy Pzp poprzez pozbawione podstaw faktycznych i prawnych odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo że treść oferty złożonej przez Odwołującego odpowiada warunkom zamówienia, Izba uznała zarzut za zasadny.

Spór między Stronami dotyczył sposobu rozumienia postanowień Opisu przedmiotu zamówienia odnoszących się do opraw ozdobnych typu A, określonych w Załączniku nr 1 do SWZ, tabela nr 7, pkt 3, str. 14. Zgodnie z treścią SWZ, Zamawiający ustanowił następujące wymagane wartości parametrów: Kształt i Wymiary „(...) Maksymalne wymiary oprawy 700 mm wysokości oraz 700 mm średnicy. Dopuszczalna tolerancja  $\pm 10\%$ ”. Odwołujący zaoferował oprawę o parametrach: wysokość: 561 mm oraz średnica: 426 mm. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp twierdząc, że „Zgodnie z tabelą 7 załącznika nr 1 do SWZ wymiary oferowanej oprawy ozdobnej typ A, uwzględniając zakładaną tolerancję wymiarów, winny się zawierać w przedziale:

L (średnica) 630-770 mm, H (wysokość) 630 – 770 mm.

Oferowana przez Wykonawcę oprawa nie spełnia zatem wymagań SWZ’.

W ocenie Izby, powyższe uzasadnienie potwierdza zasadność zarzutu podniesionego przez Odwołującego. Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Przepis ten, nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty jeżeli jej treść nie jest zgodna z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego. Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia

oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są postanowienia zawarte

w dokumentach zamówienia, w których zostały jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania zamawiającego.

Wobec powyższego, w pierwszej kolejności należy odnieść się do postanowień specyfikacji warunków zamówienia, w której zamawiający określił wymagane parametry techniczne. Należy również zwrócić uwagę na obowiązek nałożony na Zamawiającego przez ustawodawcę, zawarty w art. 99 ust. 1 Pzp, polegający na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. A zatem wszelkie niejasności w opisie przedmiotu zamówienia, powodujące możliwość odmiennej interpretacji oraz wyprowadzenia z niego różnych, nawet odmiennych wniosków, nie mogą obciążać wykonawcy. Świadczą one bowiem o niewypełnieniu przez Zamawiającego obowiązku opisanu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Pamiętajmy bowiem należy, że wykonawca składając ofertę nie może domyślać się co Zamawiający miał na myśli opisując przedmiot zamówienia, lecz przygotować ofertę w sposób spełniający wszystkie warunki zamówienia. Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy na podstawie niezawartych w treści specyfikacji wymagań lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji jej zapisów jak również dokonanie oceny oferty przez pryzmat niejasności w opisie odzwierciedlenia w SWZ. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu zapisów SWZ, uznając za możliwe do zaoferowania rozwiązanie, które nie zostało przez Zamawiającego wyeliminowane.

Przenosząc powyższe na grunt analizowanego stanu faktycznego, w ocenie Izby stanowisko Zamawiającego nie znajduje potwierdzenia w warunkach zamówienia.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty, Zamawiający pominął okoliczność, że w SWZ dla oprawy typ A dla parametru: Kształt i Wymiary, określił jedynie wymiary maksymalne z dopuszczoną tolerancją. Nigdzie w treści SWZ nie określał, że uwzględniając zakładaną

tolerancję, wymiary opraw winny zamknąć się w przedziale L (średnica) 630-770 mm, H (wysokość) 630 – 770 mm – jak wskazał to w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

Z treści SWZ wynikało jednoznacznie, że Zamawiający odniósł się jedynie do wartości maksymalnej, określając ją jako graniczną. Nie odnosząc się jednak do wartości minimalnej, Zamawiający dopuścił każdy inny wymiar opraw, który nie przekroczył określonej maksymalnej wartości co do wysokości i średnicy 700 mm i dopuszczanej tolerancji  $\pm 10\%$ . Poprzez podanie wielkości maksymalnej, Zamawiający nie wyeliminował możliwości zaoferowania oprawy o wymiarach mniejszych niż 700 mm a jedynie wskazał, że parametr ten nie może zostać przekroczony ponad dopuszczaną tolerancję.

Tym samym oprawy zaoferowane przez Odwołującego, pomimo tego, iż ich wysokość i średnica, były mniejsze niż wymagane maksymalne 700 mm przy dopuszczanej tolerancji  $\pm 10\%$ , nie stanowiły o niezgodności z warunkami zamówienia. Ponadto, jak wykazał Odwołujący podczas rozprawy (dowodem z korespondencji mailowej z producentem opraw, któremu Zamawiający nie zaprzeczył), tolerancja wymiarów w zaoferowanych przez niego oprawach wynosi  $\pm 0,8$  co wpisuje się w wymóg Zamawiającego ustanowiony w treści warunków zamówienia.

Być może zamiarem Zamawiającego było określenie wymiarów granicznych tj. wymiaru maksymalnego i minimalnego, jednakże nie wynika to jednoznacznie z postanowień SWZ.

W ocenie Izby wskazanie tolerancji – 10% nie może stanowić wartości granicznej dla wymiaru minimalnego - jak wyjaśnił Zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie - bowiem literalna wykładnia treści wartości parametru, wyraźnie odnosi się do wymiaru maksymalnego dla wysokości i średnicy. Zamawiający nie był zatem uprawniony do odrzucenia oferty wpisującej się w wymagania określone w SWZ. Należy również podkreślić, że uzasadnienie odrzucenia oferty, nie jest spójne w warunkami co do wymaganych wymiarów, bowiem pomija okoliczność, że Zamawiający określił dla nich wartość maksymalną.

Nie można również pominąć faktu, iż co do innych opraw (typ B) Zamawiający jednoznacznie określił wymagane parametry graniczne, natomiast co do spornych parametrów dla oprawy typu A, określił je jedynie podając wymiar maksymalny. Takie zróżnicowanie

w określeniu parametrów technicznych w jednym dokumencie, nie może być rozumiane jako

przypadkowe i nieprzemyślane działanie Zamawiającego, lecz jako świadome i celowe zwrócenie uwagi wykonawców na odmienną co do wymaganych parametrów. W ocenie Izby, taka konstrukcja opisu parametrów technicznych, potwierdza również słuszność rozumienia przez Odwołującego parametrów granicznych - jako określonej wyłącznie maksymalnej wartości granicznej.

Ponadto, Izba podkreśla, że wszelkie, wątpliwości co do niejednoznacznych postanowień SWZ nie mogą obciążać wykonawcy, który zaoferował oprawy o parametrach, które nie zostały wykluczone przez Zamawiającego.

Argumenty podniesione w Odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy o różnicy w kosztach opraw o mniejszych wymiarach oraz nieporównywalności ofert, powinny być przez Zamawiającego wzięte pod uwagę na etapie przygotowywania opisu przedmiotu zamówienia i wyeliminowane poprzez stosowne, jednoznaczne postanowienia w SWZ. Podnoszenie ich na etapie rozprawy, na potwierdzenie zasadności czynności Zamawiającego, które nie mają oparcia w treści dokumentacji zamówienia, nie mogło zostać uwzględnione przez Izbę. Wyjaśnienia w zakresie rozumienia wymagań dla parametrów: Kształt i Wymiary również nie mogły zostać uwzględnione przez Izbę. Przedstawiony przez Zamawiającego sposób ich rozumienia, nie pokrywa się z literalną treścią wymagania, określoną w dokumentacji zamówienia. Podobnie, niezasadne jest powoływanie się przez Zamawiającego w treści Odpowiedzi na odwołanie na normy: PN-EN 22768-1:1999 oraz PN-EN 22768-2:1999, które nie zostały przywołane w treści dokumentacji zamówienia.

Reasumując, w ocenie Izby nie zaistniała przesłanka odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) i pkt 2) lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r.

(Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....

