Sygn. akt: KIO 1162/23

WYROK

z dnia 12 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę Elektroeco Sp. z o.o. z siedzibą w Ładnej w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Bobowa

przy udziale wykonawcy K. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Elektryczna i Teletechniczna K. J. w Przydonicy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy K. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Elektryczna i Teletechniczna K. J. w Przydonicy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

   2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 14 190 zł 40 gr (słownie: czternaście tysięcy sto dziewięćdziesiąt złotych czterdzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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 r., poz. 1710 z późń. 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 1162/23

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

Zamawiający – Gmina Bobowa [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp na modernizację i rozbudowę oświetlenia na terenie Gminy Bobowa (znak postępowania: RIiGK.271.1.2.2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 marca 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00129713/01.

W dniu 25 kwietnia 2023 r. wykonawca Elektroeco Sp. z o.o. z siedzibą w Ładnej [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 107 ust. 2 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wadliwe dopuszczenie przez Zamawiającego uzupełnienia przez wykonawcę K. J. przedmiotowych środków dowodowych w postaci Tabeli doboru urządzeń wraz z obliczeniami fotometrycznymi w sytuacji, gdy dokumenty te były już przedłożone do oferty i nie zachodziły podstawy do zmiany ich treści w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, a przedłożenie nowej wersji wskazanych dokumentów na wezwanie Zamawiającego stanowiło niedozwoloną modyfikację treści oferty złożonej przez tego wykonawcę już po terminie składania ofert, co naruszyło także zasadę przejrzystości oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

2. art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty K. J. pomimo, iż przedmiotowy środek dowodowy w postaci „Tabeli doboru urządzeń wraz z obliczeniami fotometrycznymi” załączony do oferty tego wykonawcy nie potwierdzał okoliczności, jakich Zamawiający wymagał od wskazanego dokumentu, a w szczególności nie potwierdzał, że oferta K. J. spełnia określone cechy i kryteria wskazane przez Zamawiającego;

3. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty K. J., w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy była niezgodna z warunkami zamówienia i jako taka winna zostać odrzucona przez Zamawiającego,

bez możliwości jej modyfikacji;

4. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp - w konsekwencji powyższych uchybień - poprzez wybór oferty wykonawcy K. J. jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta ta powinna zostać odrzucona.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty

wykonawcy K. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Elektryczna i Teletechniczna K. J. z siedzibą w Przydonicy oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy. Wskazał w szczególności, że analiza treści oferty złożonej przez K. J. prowadzi do wniosku, iż:

1. w ofercie tej w ogóle nie ujęto roboty budowlanej polegającej na dostawie i montażu jednego wkładu LED – brak jest wskazania typu i mocy dobranego wkładu. Zakres ilościowy oferty jest zatem niezgodny z OPZ.

2. w ofercie nie wskazano parametru, który był konieczny do wyliczenia „oferowanej mocy łącznej opraw". W konsekwencji Zamawiający nie miał możliwości oceny poprawności zapisu w odniesieniu do maksymalnej łącznej mocy opraw. Zgodnie bowiem z załącznikiem do OPZ oferta zostanie odrzucona, jeżeli oferowana moc łączna opraw będzie większa niż 18 380 W. 3. W ofercie, wbrew wymogom Zamawiającego, nie przedstawiono obliczeń dla jednej obowiązującej lokalizacji (S12), w konsekwencji czego brak jest możliwości dokonania oceny oferty w zakresie zapisu, który brzmi: „Przedstawienie obliczeń niespełniających wymagań normy PN-EN 13201:2016 „Oświetlenie dróg" dla nawet pojedynczej sytuacji oświetleniowej może skutkować odrzuceniem oferty. W przedstawionych obliczeniach należy odnieść się do zamieszczonego w Tabeli Numeru sytuacji oświetleniowej do obliczeń."

Odwołujący uzasadniał, że istota problemu w niniejszej sprawie sprowadza się do ustalenia, czy oferent miał możliwość modyfikacji dokumentu zatytułowanego jako „Tabela doboru urządzeń wraz z obliczeniami fotometrycznymi" w trybie przewidzianym w art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał na definicję przedmiotowych środków dowodowych i podkreślał, że mają one pomóc w weryfikacji poprawności merytorycznej złożonej oferty.

Zgodnie z art. 107 ust. 2 Zamawiający może wezwać wykonawcę do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych wyłącznie w dwóch przypadkach: gdy wykonawca w ogóle nie złożył wymaganego środka dowodowego lub złożony został środek niekompletny, np. nie wszystkie strony wymaganego dokumentu zostały dołączone do oferty. Zamawiający, który przewidział możliwość uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych, będzie zobowiązany w przedmiocie tego uzupełnienia wyłącznie do zażądania od wykonawcy: 1) złożenia przedmiotowego środka dowodowego, który nie został złożony, uzupełnienia części złożonego dokumentu o brakującą (niezłożoną) część. Art. 107 ustawy Pzp nie upoważnia natomiast do wezwania o poprawienie złożonego dokumentu, jeśli budzi on jego wątpliwości lub nie potwierdza, że dostawy, usługi lub roboty budowlane oferowane przez wykonawcę spełniają wymogi zamawiającego. Jeżeli dokumenty przedmiotowe zawierają błędy, w tym nie potwierdzają okoliczności, jakich zamawiający wymagał od

dokumentu, oferta, do której załączone zostały takie dokumenty, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp (zob. Komentarz Prawo Zamówień Publicznych pod redakcją Huberta Nowaka oraz Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021).

W niniejszej sprawie przedmiotowe środki dowodowe służące wykazaniu zgodności oferowanych robót budowlanych z wymaganiami Zamawiającego zostały szczegółowo wymienione w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w treści SWZ. Oferenci zobowiązani byli przedłożyć przedmiotowe środki dowodowe wraz z ofertą, co dotyczy przede wszystkim wypełnionej Tabeli doboru urządzeń oraz obliczeń fotometrycznych.

Tabela przedłożona przez K. J. wraz z ofertą nie obejmowała roboty budowlanej polegającej na dostawie i montażu jednego wkładu LED, tj. roboty wymienionej przez Zamawiającego w OPZ oraz oznaczonej w Tabeli doboru urządzeń numerem S12, co stanowiło niezgodność z przedmiotem zamówienia, szczegółowo sprecyzowanym przez Zamawiającego.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca „uzupełnił" przedmiotowe środki dowodowe m.in. w ten sposób, że przedłożył ponownie ten sam przedmiotowy środek dowodowy, który załączył do oferty – tj. Tabelę doboru urządzeń, jednakże o zmodyfikowanej treści, ujmującej wymagane przez Zamawiającego roboty budowlane polegające na dostawie i montażu jednego wkładu LED. Analiza treści Tabeli doboru urządzeń wypełnionej przez K. J. i złożonej wraz z ofertą, w porównaniu z treścią Tabeli doboru urządzeń złożoną wraz z pismem z dnia 4 kwietnia 2023 roku prowadzi do wniosku, iż są to dokumenty o odmiennej treści, wprowadzające modyfikację treści oferty. Takie działanie należy uznać za niedopuszczalne poprawienie przedmiotowego środka dowodowego. Przepis art. 107 ust. 2 ustawy Pzp nie przewiduje bowiem możliwości poprawiania przedmiotowych środków dowodowych.

K. J. złożył wraz z ofertą Tabelę dobru urządzeń wraz z obliczeniami fotometrycznymi, która nie potwierdzała w sposób właściwy, aby oferowane roboty spełniały wymagania określone przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w tym SWZ i załączników. Nowa Tabela doboru urządzeń, złożona na wezwanie Zamawiającego różniła się w zakresie merytorycznym w stosunku do pierwotnego. W ocenie Odwołującego art. 107 ust. 2 ustawy Pzp nie uprawnia wykonawcy, by złożono nowy przedmiotowy środek dowodowy z inną merytoryczną zawartością w stosunku do pierwotnie złożonego.

Odwołujący powołał się na wyrok KIO 663/22. Wskazał, że stanowisko KIO przedstawione w przywołanym wyżej orzeczeniu Odwołujący w pełni podziela, akcentując podobieństwo obu stanów faktycznych. Odwołujący wskazał, że powyższe stanowisko koresponduje z dotychczasową linia orzeczniczą, w której przyjmuje się, że uzupełnieniu mogą podlegać takie dokumenty, które nie powodują zmiany oferowanego przedmiotu oferty

(por. przykładowo wyroki z dnia 16 grudnia 2021 r. sygn. akt KIO 3522/21 i z dnia 20 grudnia 2021 r. sygn. akt KIO 3555/21). W ostatnim z wymienionych wyroków Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż niespełniająca merytorycznych wymagań określonych w SWZ podlega odrzuceniu i - z wyjątkami dotyczącymi poprawienia omyłek - nie może zostać na etapie badania ofert zmieniona, w celu doprowadzenia jej treści do zgodności z oczekiwaniami zamawiającego. Wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty – działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Odwołujący wskazał, iż ponowne przedłożenie przedmiotowego środka dowodowego o zmienionej treści stanowi modyfikację treści oferty K. J., poprzez jej uzupełnienie o robotę budowlaną pierwotnie nie ujętą w Tabeli doboru urządzeń załączonej do oferty, jak też uzupełnienie obliczeń fotometrycznych dla tej pozycji. Treść pierwotnej oferty była niezgodna z warunkami zamówienia w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i na tej podstawie Zamawiający zobowiązany był do jej odrzucenia. Oferta stanowi oświadczenie wykonawcy, które powinno być sformułowane i skonkretyzowane już w momencie jej złożenia. Modyfikacja wprowadzona przez K. J. stanowiła niedopuszczalną ingerencję w treść oferty, która miała na celu uzupełnienie treści oferty o elementy pierwotnie w niej niezawarte.

Wskazał, że nie podziela przy tym argumentacji Zamawiającego, przedstawionej w odpowiedzi z dnia 20 kwietnia 2023 roku na wniosek o odrzucenie oferty K. J. Otóż w niniejszym przypadku nie zachodzi „niekompletność" środka dowodowego. Niekompletność w rozumieniu art. 107 ust. 2 ustawy Pzp sprowadza się bowiem do kwestii technicznej - np. brak wszystkich stron, brak prawidłowego podpisu. Sytuacja zastana w niniejszym postępowaniu po otwarciu ofert nie uprawniała wykonawcy do złożenia drugiej Tabeli doboru urządzeń – o odmiennej treści od Tabeli złożonej wraz z ofertą.

Niezależnie od powyższego w art. 107 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie wyłączył możliwość wezwania wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w trybie art. 1-7 ust. 2 ustawy Pzp w sytuacji, gdy środek dowodowy był wymagany przez zamawiającego na potwierdzenie zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Intencja ustawodawcy jest zrozumiała i wynikająca również wprost ze stanowiska prezentowanego w orzecznictwie, zgodnie z którym brak jest uzasadnienia dla zastosowania procedury uzupełnienia do dokumentu służącego do oceny w ramach kryteriów oceny ofert. Brzmienie art. 107 ust. 3 ustawy Pzp

bezwzględnie wyklucza wzywanie o uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych w sytuacji, gdy przedmiotowe środki dowodowe zostały wprawdzie złożone i są kompletne, ale ich treść nie potwierdza zgodności oferowanego zamówienia z wymaganiami zamawiającego. Innymi słowy, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy, który został złożony wraz z ofertą, zawiera błędy, nie będzie możliwym wezwanie do jego uzupełnienia (zob. wyrok KIO z 25.02.2022 r., KIO 338/22).

W ocenie Odwołującego Tabela doboru urządzeń wraz z obliczeniami fotometrycznymi stanowiła przedmiotowy środek dowodowy służący Zamawiającemu do potwierdzenia zgodności oferty z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Zamawiający wprost wskazał, iż dokona weryfikacji ofert w zakresie potwierdzenia bądź niepotwierdzenia ich zgodności z kryteriami zamieszczonymi w Tabeli doboru urządzeń – w zakładce „Instrukcja". Poza kryterium ceny oraz kryterium okresu udzielonej gwarancji, we wskazanym załączniku do OPZ, w zakładce „Instrukcja" Zamawiający wskazał, również dwie przesłanki odrzucenia oferty.

Powołując się na cytowane wyżej stanowiska KIO Odwołujący wskazał, iż umożliwienie wykonawcy K. J. zmiany treści „Tabeli doboru urządzeń" oraz przedstawienia nowych obliczeń fotometrycznych, a w konsekwencji zmiany zakresu oferty już po upływie terminu do składania ofert naruszało zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak też zasadę przejrzystości postępowania, o których mowa w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Odnośnie braku możliwości konwalidacji przedmiotowych środków dowodowych Izba wypowiadała się również w wyroku z dnia 8 marca 2023 r., sygnatura akt KIO 482/23.

Reasumując Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie mógł na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp wezwać wykonawcy K. J. do zmiany lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, które zostały złożone wraz z ofertą. W dacie składania ofert oferta K. J. nie spełniała wymagań Zamawiającego, nie odpowiadała również merytorycznym warunkom zamówienia. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest sformalizowanym procesem, podczas którego wykonawcy muszą przedłożyć w ściśle określonym terminie i trybie m.in podmiotowe i przedmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia – a niezłożenie ich skutkuje odrzuceniem oferty. Niezłożenie wymaganego przedmiotowego środka dowodowego, złożenie niekompletnego lub takiego, który nie potwierdza, że oferta spełnia określone cechy lub kryteria, na potwierdzenie czego wymaga się dokumentów przedmiotowych, musi skutkować odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp.

Zaniechanie odrzucenia oferty K. J. przez Zamawiającego narusza także art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp , albowiem – jak wykazano powyżej, treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na

sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia nieuwzględnienie w wycenie wszystkich wymogów i elementów, jakie postawił Zamawiający. W niniejszej sprawie brak ujęcia w Tabeli doboru urządzeń wszystkich zamawianych robót budowlanych zgodnie ze wskazaniami Zamawiającego dyskwalifikuje tą ofertę, albowiem nie może ona zostać zweryfikowana pod kątem zgodności z kryteriami wskazanymi przez Zamawiającego. Jak wskazano powyżej w części poświęconej analizie treści oferty K. J., oferent nie uzupełnił kolumny na poziomie S12 – brak informacji dot. „mocy jednostkowej oprawy/wkładu [W]" oraz „typu oprawy/wkładu", jak też brak wyliczeń dla punktu oświetleniowego oznaczonego symbolem S12.

Z uwagi na brak dopuszczalności późniejszego uzupełnienia tych informacji, a tym bardziej brak dopuszczalności zamiany załącznika „Tabeli doboru urządzeń" na nowy dokument, wprowadzający merytoryczne zmiany co do zakresu i sposobu wykonania robót, zachodziły przesłanki do odrzucenia oferty wskazanego wykonawcy, a w konsekwencji nie było podstaw do wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 maja 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, że nie polega na prawdzie twierdzenie odwołującego, że niedopuszczalne było zastosowanie trybu przewidzianego w art. 107 ustawy Pzp, do uzupełnienia Tabeli doboru urządzeń wraz z obliczeniami fotometrycznymi. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu możliwość uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. Informacja o tym znajduje się w sekcji V pkt 5.9 ogłoszenia o zamówieniu.

Nie polega na prawdzie również okoliczność, że tabela przedłożona do oferty K. J. nie jest środkiem niekompletnym, a jedynie błędnie uzupełnionym, co stanowi istotną różnicę. Przepis art. 107 ust. 2 ustawy Pzp pozwala bowiem na wezwanie do złożenia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli nie zostały one złożone lub jeżeli były niekompletne. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że tabela doboru urządzeń była błędnie uzupełniona, skoro nie można było wskazać jakichkolwiek błędów w przekazanych przez K. J. danych, a jedynie stwierdzić można było właśnie jego niekompletność przez brak uzupełnienia jednej z pozycji tabeli, co oznacza, że ten podmiotowy środek dowodowy podlegał uzupełnieniu na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający podkreślał, że w przedmiotowym wypadku nie ma zastosowania przepis art. 107 ust. 3 ustawy Pzp, stanowiący, że możliwości wystosowania wezwania do

uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w oparciu o art. 107 ust. 2 ustawy Pzp nie ma, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. W omawianym przypadku przedmiotowe środki dowodowe nie dotyczyły potwierdzenia spełniania wymaganych cech oferowanych robót z cechami określonymi w kryteriach oceny ofert, a jedynie z cechami, jakie powinny posiadać roboty budowlane, określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast kryteriami oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu były cena oraz okres gwarancji, na potwierdzenie zgodności z którymi nie wymagano żadnych przedmiotowych środków dowodowych (a wręcz nie można byłoby wymagać, gdyż te kryteria nie odnoszą się do jakichkolwiek cech oferowanych robót budowlanych). Wskazał na marginesie, że definicja przedmiotowych środków dowodowych, zawarta w art. 7 pkt 20 ustawy Pzp nakazuje rozumieć je jako „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", a zatem wyraźnie rozróżnia te środki, które służą potwierdzeniu zgodności oferowanych robót z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, które to środki były wymagane w przedmiotowym postępowaniu od środków służących potwierdzeniu zgodności oferowanych robót z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, których w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie żądał, a, jak wskazano wcześniej, jest to jedyny rodzaj przedmiotowych środków dowodowych, który nie podlega uzupełnieniu.

Podsumowując, wskazał, że miał pełne prawo wezwać K. J. do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, a wykonawca ten prawidłowo uzupełnił te środki, wobec czego zamawiający był w stanie stwierdzić, że jego oferta spełnia wymogi określone w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym odwołanie jest nieuzasadnione.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę K. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Elektryczna i Teletechniczna K. J. w Przydonicy [dalej „Przystępujący"] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu wraz ze zmianami, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, informację z otwarcia ofert, ofertę

Przystępującego wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami, wezwania kierowane do Przystępującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie i pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 10 maja 2023 r., w tym odpowiedź na odwołanie oraz pismo procesowe Przystępującego z dnia 4 maja 2023 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest kompleksowa modernizacja oświetlenia na terenie gminy Bobowa z instalacją inteligentnego systemu zarządzania oświetleniem.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (załącznik nr 10 do SWZ) modernizacja oświetlenia ulicznego w ramach realizacji projektu pn. „Kompleksowa modernizacja oświetlenia ulicznego w Gminie Bobowa" obejmuje m.in. zabudowanie wkładów LED w 1 szt. oprawy zamontowanej na budynku Urzędu Miasta (pkt 3).

W sekcji 5.8) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający przewidział następujące przedmiotowe środki dowodowe:

1. Wypełniony zał. do OPZ, pn. Tabela doboru urządzeń wraz z obliczeniami fotometrycznymi.

2. Oprawy oświetleniowe:

a) karty techniczne opraw ulicznych, wkładów LED

b) deklaracje CE producenta opraw ulicznych, wkładów LED

c) Certyfikat ENEC opraw ulicznych, lub certyfikat jakości wydany przez akredytowane laboratorium badawcze.

3. System sterowania:

a) karta techniczna systemu sterowania;

b) deklaracja CE producenta sterownika systemu sterowania.

W sekcji 5.9.) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał, że przewiduje uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych.

W treści pliku „Tabela doboru urządzeń", stanowiącego arkusz kalkulacyjny, w zakładce „Instrukcja" Zamawiający wskazał, iż w arkuszu Tabela należy wypełnić wszystkie pola zaznaczone kolorem żółtym to znaczy Typ oprawy/wkładu (W), Moc jednostkowa oprawy/wkładu LED [W], Typ sterownika systemu sterowania oświetleniem. Pola podświetlone na zielono, czyli Łączna moc opraw/wkład [W], zostaną wyliczone przez arkusz kalkulacyjny.

Ponadto Zamawiający wskazał, że oferta zostanie odrzucona, jeżeli oferowana moc łączna opraw będzie większa niż 18 380 W. Nadto Zamawiający wskazał, iż: przedstawienie obliczeń niespełniających wymagań norm PN-EN 13201: 2016 „Oświetlenie dróg" dla nawet pojedynczej sytuacji oświetleniowej może skutkować odrzuceniem oferty. W przedstawionych obliczeniach należy odnieść się do zamieszczonego w Tabeli Numeru sytuacji oświetleniowej do obliczeń.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło trzech wykonawców.

Przystępujący w załączonej do oferty Tabeli doboru urządzeń dla sytuacji oświetleniowej do obliczeń o symbolu S12 nie podał typu oprawy/wkładu, mocy jednostkowej oprawy/wkładu (W) oraz mocy łącznej opraw (W), jak również nie złożył dla wkładu/oprawy obliczeń fotometrycznych, a także karty technicznej wkładu/oprawy oraz deklaracji CE.

W dniu 3 kwietnia 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, tj.:

a) Tabela doboru urządzeń zawierająca wskazanie wkładu LED wraz z obliczeniami fotometrycznymi dla wskazanego wkładu;

b) Karty techniczne wkładu LED;

c) Deklaracje CE producenta wkładu LED.

Zamawiający wskazał, że ma następujące zastrzeżenia do dokumentów w ofercie wykonawcy:

do pkt 1) (tabela doboru urządzeń wraz z obliczeniami fotometrycznymi) brak wskazania wkładu LED wraz z obliczeniami fotometrycznymi dla wskazanego wkładu;

do pkt 2) (oprawy oświetleniowe) brak karty technicznej wkładów LED, brak deklaracji CE producenta opraw wkładów LED.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył m.in. Tabelę dozoru urządzeń oraz obliczenia fotometryczne dla punktu oświetleniowego o symbolu S12 podając typ oprawy/wkładu: Villa LED gen2 BSP768-FG-WH LED69-4S/740 II DM11, moc jednostkową oprawy/wkładu: 41,5 W oraz moc łączną opraw (W): 41,5 W, a także obliczenia

fotometryczne dla punktu oświetleniowego o symbolu S12, deklaracje CE oraz kartę techniczną.

W dniu 20 kwietnia 2023 r. Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę Przystępującego. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert.

Izba zważyła, co następuje:

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

Przywołując regulacje prawne stanowiące podstawę stawianych zarzutów należy wskazać, iż:

- zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny;

- zgodnie z art. 107 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą;

- zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia;

- zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści;

- zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: pkt 2) lit b. została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału

w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń; pkt 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów odwołania na wstępie wskazać należy, iż oferta może być złożona wyłącznie w terminie składania ofert i co do zasady nie podlega po tym terminie zmianom. Jak wynika bowiem z art. 219 ust. 1 ustawy Pzp, oferta może być złożona tylko do

upływu terminu składania ofert. Jednocześnie jak wynika z art. 223 ust. 1 zd. drugie, niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Z powyższych przepisów wynika zatem, że oferta musi być złożona i skonkretyzowana w terminie składnia ofert, a wszelkie uzupełnienia dokumentów czy też składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w jej granicach i mogą służyć wyłącznie wykazaniu prawidłowości jej treści. Zakazane jest natomiast określanie w tej drodze przedmiotu oferty, ponieważ działanie takie stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych określonymi w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Podkreślić należy, iż obowiązkiem wykonawcy jest skonkretyzowanie na moment składania ofert w sposób jednoznaczny przedmiotu oferowanego świadczenia w odpowiedzi na wymogi Zamawiającego, a doprecyzowanie treści oferty po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalne. Innymi słowy, na moment składania ofert wykonawca winien precyzyjnie wskazać zakres swojego zobowiązania, tj. jaki produkt oferuje i nie jest dopuszczalne jego konkretyzowanie czy zmiana po upływie terminu składania ofert, na etapie badania ofert. Przyjęcie poglądu, iż po upływie terminu składania ofert wykonawca uprawniony byłby do uzupełnienia treści oferty o informacje identyfikujące przedmiot oferty godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych i mogłoby prowadzić do manipulacji treścią ofert w zależności od okoliczności ujawnionych po otwarciu ofert, dając wykonawcy nieuprawnioną przewagę nad innymi wykonawcami i jednocześnie powodując niepewność Zamawiającego co do tego, jaki produkt jest oferowany. Wskazać również należy, iż celem przedmiotowych środków dowodowych jest potwierdzenie 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, nie zaś konkretyzacja treści oferty.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, iż załącznik do opisu przedmiotu zamówienia pn. tabela doboru urządzeń wraz z obliczeniami fotometrycznymi, jako przedmiotowy środek dowodowy mający potwierdzać zgodność oferowanych produktów z wymaganiami Zamawiającego, pełnił także funkcję identyfikującą treść oferty. Dokument ten pozwalał nie tylko na zweryfikowanie merytorycznej prawidłowości oferty, ale także konkretyzował jej przedmiot. Na powyższe wskazuje chociażby nazwa ww. dokumentu, tj. tabela doboru urządzeń, jak również jego treść w zakresie pól, które miał wypełnić wykonawca dotyczących „Oferowanych urządzeń". Inaczej rzecz ujmując, w ww. załączniku wykonawca obowiązany był określić, jaki produkt oferuje, tj. typ oprawy/wkładu dla poszczególnej sytuacji oświetleniowej oraz podać kluczowy dla Zamawiającego parametr dotyczący mocy jednostkowej

oprawy/wkładu [W],

konkretyzujący oferowany produkt, jak i umożliwiający Zamawiającemu ocenę, czy oferowana łączna moc opraw nie będzie większa niż 18 380 W.

W ocenie Izby bez znaczenia jest okoliczność, iż Zamawiający wymagał podania typu oprawy/wkładu oraz mocy jednostkowej oprawy/wkładu w dokumencie, który zaklasyfikował do przedmiotowych środków dowodowych w rozumieniu art. 107 ustawy Pzp. Kluczowe znaczenie ma to, jaki jest charakter informacji zawartych w tym dokumencie, a nie to, jak ten dokument został sklasyfikowany przez Zamawiającego. Zdaniem Izby niewątpliwie, ww. dokument w zakresie w jakim dotyczył informacji na temat typu oprawy/wkładu oraz mocy jednostkowej oprawy/wkładu stanowił treść oferty, a informacje te nie podlegały uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert. Oceny tej nie zmienia okoliczność, iż Zamawiający przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu możliwość uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem wskazany przepis nie dotyczy informacji tworzących treść oferty. Postanowienia dokumentów zamówienia przewidujące wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w sytuacji, gdy nie zostały one złożone wraz z ofertą należy interpretować z uwzględnieniem zasady niezmienności treści oferty. Zamawiający nie ma podstaw wezwać wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli z treści oferty nie wynika, jaki sprzęt czy produkt wykonawca zaoferował.

Izba wskazuje, że w okolicznościach niniejszej sprawy poza sporem było, że Przystępujący w tabeli doboru urządzeń dla sytuacji oświetleniowej S12 nie wskazał informacji wymaganych przez Zamawiającego, tj. typu oprawy/wkładu oraz mocy jednostkowej oprawy/wkładu, do których podania był zobowiązany, co wynika wprost z instrukcji wypełnienia tabeli (W arkuszu tabela należy wypełnić wszystkie pola zaznaczone kolorem żółtym to znaczy Typ oprawy/wkładu [W], Moc Jednostkowa oprawy/wkładu LED [W], Typ sterownia systemu sterowania oświetleniem). Z powyższego wynika zatem, iż Zamawiający po otwarciu ofert nie miał wiedzy, jaki produkt dla sytuacji oświetleniowej S12 zaoferował Przystępujący. Dodać należy, iż Przystępujący wraz z ofertą nie złożył dla sytuacji oświetleniowej S12 wymaganych przez Zamawiającego środków dowodowych w postaci obliczeń fotometrycznych, karty technicznej oraz deklaracji CE, tym samym z żadnego dokumentu złożonego wraz z ofertą nie wynikał przedmiot oferowanego świadczenia (wkładu LED). Wiedzę w tym zakresie Zamawiający uzyskał po upływie terminu składania ofert, co jest sytuacją niedopuszczalną na gruncie ustawy Pzp. Jedynie na marginesie dostrzec należy, iż w uzupełnionej na wezwanie tabeli doboru urządzeń Przystępujący zaoferował Zamawiającemu oprawę, podczas gdy jak wynika z treści rzeczonej tabeli oraz opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający oczekiwał jednego wkładu LED.

Mając na uwadze powyższe Izba doszła do przekonania, iż oferta Przystępującego była niezgodna z warunkami zamówienia, tj. z treścią tabeli doboru urządzeń wraz z obliczeniami fotometrycznymi, w zakresie w jakim nakładała na wykonawcę obowiązek podania w jej treści oświadczenia dotyczącego oferowanego typu wkładu/oprawy oraz mocy jednostkowej wkładu/oprawy. Jak już wskazano powyżej, ww. informacje wyznaczały treść oferty, a zatem powinny zostać złożone w terminie składania ofert. Niezłożenie oświadczenia w powyższym zakresie oraz brak możliwości jego uzupełnienia po upływie terminu składania ofert powoduje, że oferta podlega odrzuceniu. Tym samym Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jak również art. 107 ust. 2 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp wzywając Przystępującego do uzupełnienia dokumentu (tabeli doboru urządzeń) identyfikującego treść oferty. W konsekwencji wybór oferty wykonawcy K. J. jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia dokonany został z naruszeniem art. 239 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono 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. a) i 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: ……..