

Sygn. akt: KIO 91/24

WYROK

z dnia 2 lutego 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 29 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2024r. przez odwołującego:

Konsorcjum wykonawców: Przedsiębiorstwo „AGAT” S.A. - Lider ul. Paderewskiego 1, 95-040 Koluszki, ADB SAFEGATE Germany Gmbh - Partner, Konrad -Zuse - Ring 6,68163 Mannheim

w postępowaniu powadzonym przez zamawiającego: Port Lotniczy Szczecin-Goleniów Sp. z o.o. ul. Glewice 1a, 72-100 Goleniów

z udziałem przystępującego ELEKTROTIM S.A. ul. Stargardzka 8, 54 -156 Wrocław po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: Konsorcjum wykonawców: Przedsiębiorstwo „AGAT” S.A. - Lider ul. Paderewskiego 1, 95-040 Koluszki, ADB SAFEGATE Germany Gmbh - Partner, Konrad -Zuse - Ring 6,68163 Mannheim i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego: Konsorcjum wykonawców: Przedsiębiorstwo „AGAT” S.A. - Lider ul. Paderewskiego 1, 95-040 Koluszki, ADB SAFEGATE Germany Gmbh - Partner, Konrad -Zuse - Ring 6,68163 Mannheim, tytułem wpisu od odwołania
  - 2.2. zasądza od odwołującego: Konsorcjum wykonawców: Przedsiębiorstwo „AGAT” S.A. -Lider ul. Paderewskiego 1, 95-040 Koluszki, ADB SAFEGATE Germany Gmbh - Partner, Konrad -Zuse - Ring 6,68163 Mannheim kwotę 4.697 zł 96 gr (słownie: cztery tysiące sześćset dziewięćdziesiąt siedem złotych dziewięćdziesiąt sześć groszy) na rzecz zamawiającego: Port Lotniczy Szczecin-Goleniów Sp. z o.o. ul. Glewice 1a, 72-100 Goleniów stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz kosztu dojazdu na rozprawę

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 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:

uzasadnienie

Postępowanie toczy się o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pod nazwą „Wykonanie systemu świetlnych pomocy nawigacyjnych CAT II na Lotnisku Szczecin-Goleniów wraz z infrastrukturą towarzyszącą”- II postępowanie 02/CEF/2023

Numer Projektu: 101079560.

Wartość zamówienia przekracza progi unijne.

Ogłoszenie o przetargu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2023/S 163511960 z dnia 25.08.2023r.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz odwołującego na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.) wniesiono odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Elektrotim SA ul. Stargardzka 8 51-156 Wrocław (dalej jako „Elektrotim”),
2. prowadzeniu z wykonawcą Elektrotim negocjacji treści oferty i dopuszczeniu zmiany treści oferty wskutek

udzielonych wyjaśnień treści oferty,

3. zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Elektrotim, pomimo, że jej treść pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia, co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie odwołującego i postanowień SWZ ma bezpośredni wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, o czym odwołujący dowiedział się z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 28.12.2023 r.

Uwzględniając powyższe, wniesienie odwołania w dniu 8.01.2024 r. zostało dokonane z zachowaniem ustawowego terminu.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego zarzucono naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Elektrotim, w sytuacji gdy oferta ta powinna zostać odrzucona,
2. naruszenie art. 223 ust 1 Pzp przez prowadzenie z Wykonawcą Elektrotim negocjacji treści oferty i dopuszczenie w ich konsekwencji do jej zmiany,
3. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Elektrotim pomimo, że jej treść pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 Pzp wnoszę o:

- merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,

a także o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obciążonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania,
2. odrzucenie oferty wykonawcy Elektrotim w związku z wystąpieniem wyżej wskazanych podstaw odrzucenia,
3. dokonanie ponownej oceny i badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Termin na wniesienie odwołania

Zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej w informacji przekazanej w dniu 28.12.2023r., wobec czego termin określony w Pzp został zachowany.

Interes prawny we wniesieniu odwołania

Oferta odwołującego zgodnie z rankingiem ofert zawartym w treści zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania została uplasowana na drugiej pozycji rankingowej po ofercie wykonawcy Elektrotim a jednocześnie mieści się w kwocie jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia zgodnie z informacją podaną w dniu 27.09.2023r.

Uwzględnienie odwołania i unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Elektrotim oraz jej odrzucenie ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania oraz możliwość uzyskania zamówienia przez odwołującego.

W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu doznał uszczerbku, a tym samym odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z zamawiającym.

Uzasadnienie odwołania

I. Przedmiot zamówienia.

Zgodnie z SWZ przedmiotem zamówienia (główny przedmiot zamówienia) jest dostawa zaprojektowanego przez wykonawcę systemu świetlnych pomocy nawigacyjnych kategorii II (CAT. II) na Lotnisko Szczecin-Goleniów wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

Zamówienie obejmuje również roboty budowlane i usługi związane z zainstalowaniem (montażem) ww. systemu i jego uruchomieniem oraz demontażem istniejącego systemu świetlnych pomocy nawigacyjnych, a także przeszkolenie personelu Zamawiającego z obsługi systemu.

Wykonawca jest zobowiązany zaprojektować i wykonać system świetlnych pomocy nawigacyjnych CAT. II na Lotnisku Szczecin-Goleniów wraz z infrastrukturą towarzyszącą na podstawie wytycznych zawartych w Załącznikach nr 9 - 9A do SWZ i Załącznikach nr 12 - 12A do SWZ.

W ramach przedmiotu zamówienia należy przystosować świetlne systemy nawigacyjne Lotniska Szczecin-Goleniów do obsługi operacji lotniczych w warunkach ILS Kat. II oraz startów w ograniczonej widzialności LVTO wraz z wymianą i modernizacją niektórych elementów istniejących systemów oświetlenia nawigacyjnego Lotniska Szczecin-Goleniów

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Załącznikach nr 9 - 9A do SWZ oraz Załącznikach nr 12 - 12A do SWZ.

## II. Wymagania SWZ dotyczące urządzeń świetlnych pomocy nawigacyjnych.

### II.1 Rozmiar obudowy opraw zagłębionych na drodze startowej

Zgodnie z wymaganiem Zamawiającego zawartym w treści Załącznika nr 9 do SWZ -Program Funkcjonalno Użytkowy (PFU) w zależności od lokalizacji i przeznaczenia opraw rozmiary lamp winny posiadać odpowiednio 8 lub 12".

Wymaganie 2.2.2.5 PFU - droga startowa:

„Oprawy zagłębione na drodze startowej powinny być dostarczone i instalowane w rozmiarze obudowy 12" oraz

Wymaganie 2.2.2.7 PFU - drogi kołowania: „Oprawy zagłębione powinno się przyjąć w standardzie obudowy o rozmiarze 8".

W świetle jednoznacznych wymagań OPZ - Zamawiający rozróżnia wielkość opraw w zależności od rodzaju drogi (startowa czy droga kołowania) i konkretyzuje wymogi związane z wielkością opraw.

W trakcie postępowania kwestia wielkości opraw była przedmiotem procedury wyjaśniającej -vide Zestaw wyjaśnień nr 3 do SWZ z dnia 19.09.2023r. zgodnie z którymi, Zamawiający potwierdził wymóg zaoferowania opraw 12" na drodze startowej.

Zgodnie z treścią wyjaśnień:

Pytanie nr 1:

W projekcie koncepcyjnym wskazuje się „preferencję" do stosowania opraw 12" na drodze startowej Producenti standardowo proponują dla strefy przyziemia i osi drogi startowej oprawy 8". Mając na uwadze ograniczony budżet Zamawiającego prosimy o informację czy Zamawiający dopuszcza dla tych dwóch grup świateł oprawy 8".

Odpowiedź nr 1

Zamawiający oczekuje zastosowania opraw 12" na drodze startowej.

Jak wskazuje orzecznictwo KIO w przedmiocie wiążącego charakteru wyjaśnień SWZ udzielanych przez Zamawiającego w postępowaniu:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2023 r. sygn. akt KIO 527/23

Na wstępie podkreślić należy, iż pomimo faktu, że wykonawcy składają oferty w oparciu o treść SWZ to jednak treść SWZ należy interpretować z uwzględnieniem wyjaśnień Zamawiającego zawartych w odpowiedzi na pytania wykonawców. Wyjaśnienia treści SWZ stanowią uszczegółowienie, ewentualnie doprecyzowanie opisu zawartego w SWZ. Udzielone odpowiedzi i wprowadzone zmiany treści SWZ są wiążące dla stron i stanowią autentyczną wykładnię postanowień SWZ. Wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do SWZ oraz wprowadzone zmiany treści SWZ ze swej istoty uzupełniają, więc jej treść i Wykonawcy powinni brać pod uwagę przy sporządzaniu oferty (patrz: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2016 Sygn. akt II CSK 197/15, wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 9 kwietnia 2019 r., sygn. akt V ACa 41/18).(...)

Jak wyżej wskazano, treść odpowiedzi na pytania wykonawców udzielona w trybie art. 135 ust. 1 i 2 Pzp stanowi integralną część SWZ i ocena ofert wykonawców winna dokonywać się z uwzględnieniem wyjaśnień i zmian specyfikacji dokonanych w ramach udzielonych odpowiedzi (zob. wyrok z dnia 28 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1615/18). Analogicznie w przypadku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W wyroku z dnia 14

sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1479/18, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że "odpowiedzi udzielane w ramach wyjaśnień treści specyfikacji zamówienia są bezwzględnie wiążące dla wykonawców (tak np. wyrok z 16 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1648/11; wyrok z 7 marca 2012 r., sygn. akt KIO 388/12). Odpowiedź na pytanie związane ze specyfikacją staje się częścią SWZ i może zmieniać jej pierwotną treść. W takim przypadku zamawiający nie musi dokonywać żadnych dodatkowych czynności, ponieważ zarówno on, jak i wykonawcy, są związani treścią pytań i odpowiedzi. A zatem, oceniając konsekwencje udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi, Krajowa Izba podkreśla, że odpowiedziom na pytania dotyczące treści s.i.w.z. przypisywane są doniosłe skutki. Odpowiedzi te są bowiem uznawane za rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zarówno zamawiającego jak i wykonawców (tak np. w wyroku z dnia 17 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2412/15)".

W świetle jednoznacznego wymagania PFU potwierzonego udzielonymi wyjaśnieniami, wykluczona była możliwość zaoferowania w odniesieniu do drogi startowej opraw zagłębionych w rozmiarze obudowy 8".

Uzupełniająco wskazać należy, że poza wymaganiem Zamawiającego zawartym w SWZ, wykluczającym w aktualnym postępowaniu zastosowanie na potrzeby dróg startowych opraw zagłębionych w rozmiarze 8", stosowanie tej wielkości opraw nie jest formalnie niezgodne z obowiązującymi przepisami ruchu lotniczego. Zarządzający lotniskami preferują jednak montaż w obrębie dróg startowych opraw 12" bowiem wynika to z przyczyn techniczno-użytkowych. W przypadku opraw 12" oprawy mają zazwyczaj 6 śrub mocujących do podłoża podczas gdy 8" są mocowane na 2 lub 4 śruby.

Podczas lądowania samoloty wytwarzają bardzo duże siły dynamiczne: pionowe (nacisk) i poziome (ściananie), wynikające z prędkości lądowania i masy samolotu, które działają bezpośrednio na oprawy na drodze startowej (osie środkowej oraz strefy przyziemia drogi startowej) - przykładowo dla samolotu B737 MAX zazwyczaj prędkość lądowania wynosi około 250 km/h przy maksymalnej masie lądowania ok 70 ton.

Siły dynamiczne wytwarzane przez lądujące samoloty w przypadku opraw 12" rozkładają się większą ilość punktów mocujących co powoduje, że oprawy 12" z sześcioma śrubami są mniej podatne na uszkodzenia mechaniczne (urywanie śrub lub ich odkręcanie się na skutek wibracji) pochodzące od sił wytwarzanych przez lądujące samoloty.

Dodatkowo cena opraw 12" jest zdecydowanie wyższa od ceny opraw 8" (o ok. 15-20%). Również montaż opraw 12" jest droższy - konieczność wiercenia większych otworów oraz użycia większej ilości specjalistycznego spoiwa do jej montażu - co powoduje wzrost samych kosztów montażu także o około 20 % w stosunku do opraw 8".

W świetle powyższej argumentacji zrozumiałym jest, że w interesie wykonawców leży, w celu obniżenia ceny oferty a tym samym zwiększenia konkurencyjności w postępowaniu przetargowym, zastosowanie i wycena opraw 8" (w aktualnym postępowaniu cena stanowiła jedyne kryterium oceny ofert), niemniej w SWZ obecnego postępowania możliwość ta została jednoznacznie wykluczona w odniesieniu do opraw dla pasa startowego.

W tej sytuacji oferta wykonawcy, który oferuje dostawę i montaż w odniesieniu do drogi kołowania i drogi startowej tego samego rozmiaru oprawy tj. 8" jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega bezwzględnej sankcji w postaci odrzucenia oferty w trybie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp.

II.2 Wymaganie dotyczące zastosowania w światłach zagłębionych znajdujących się w Polach Ruchu Naziemnego (PRN) wzmocnionych pryzmatów.

Zgodnie z PFU - pkt 2.2.2.7. Zamawiający wymaga dla opraw oświetlenia nawigacyjnego dróg kołowania zastosowania oświetlenia wyposażonego we wzmocnione pryzmaty:

#### 2.2 .2.7 Oprawy oświetlenia nawigacyjnego dróg kołowania

Nowe oświetlenie nawigacyjne dróg kołowania będzie w pełni spełniało wymagania EASA jak również przepisów odrębnych wymienionych we wstępie PFU. Nowe oprawy będą spełniać wymagania techniczne zawarte w załączonym dokumencie oraz załącznikach. Oprawy zagłębione powinno się przyjąć w standardzie obudowy o rozmiarze 8" (lub innym wymiarze zgodnych z systemem stosowanym przez Oferenta po zatwierdzeniu przez Zamawiającego). Całość oświetlenia musi posiadać wzmocnione pryzmaty chroniące przed zniszczeniem podczas prowadzenia odśnieżania lub czyszczenia nawierzchni.

Analogiczne wymaganie zawarto w Projekcie Konceptyjnym:

#### 4.7 Oprawy oświetlenia nawigacyjnego dróg kołowania

Projektowane oświetlenie nawigacyjne dróg kołowania będzie w pełni spełniało wymagania EASA jak również przepisów odrębnych wymienionych we wstępie projektu koncepcyjnego. Projektowane oprawy będą spełniać wymagania techniczne zawarte w projekcie koncepcyjnym. Oprawy zagłębione proponuje się przyjąć w standardzie obudowy o rozmiarze 8". (...)

Oprawy zagłębione muszą posiadać wzmocnione pryzmaty chroniące przed mechanicznym czyszczeniem i odśnieżaniem nawierzchni.

W trakcie postępowania kwestia konieczności zastosowania wzmocnionych pryzmatów była przedmiotem procedury wyjaśniającej - vide Zestaw wyjaśnień nr 2 do SWZ z dnia

14.09.2023r. zgodnie z którymi, Zamawiający potwierdził obowiązek zaoferowania wzmocnionych pryzmatów.

Zgodnie z treścią wyjaśnień:

Pytanie nr 4:

Czy zamawiający wymaga dostarczenia wszystkich opraw zagłębionych oświetlenia nawigacyjnego ze wzmocnionymi pryzmatami (szafirowymi nakładkami].

Odpowiedź nr 4

Zamawiający wymaga dostarczenia wszystkich opraw zagłębionych znajdujących się na PRN ze wzmocnionymi pryzmatami.

Wyjaśnienie wskazuje, że pytający sugerował aby Zamawiający potwierdził, poza koniecznością dostarczenia dla wszystkich opraw zagłębionych oświetlenia nawigacyjnego (co nie mogło budzić żadnych wątpliwości w świetle jednoznacznego wymagania SWZ), że wymaga wzmocnionych pryzmatów, przy czym za wzmocnienie uznawał szafirowe nakładki na pryzmaty. Wyjaśnienie jakiego udzielił Zamawiający nie potwierdza sugestii wykonawcy co do dopuszczonej techniki wzmocnienia pryzmatu za pomocą nakładek szafirowych

W świetle powyższych jednoznacznych wymagań PFU oraz Projektu Konceptyjnego jak również udzielonych wyjaśnień SWZ, obowiązkiem wykonawców było zaoferowanie w postępowaniu w odniesieniu do świateł zagłębionych znajdujących się w Polach Ruchu Naziemnego - dróg kołowania wyłącznie wzmocnionych pryzmatów.

W tej sytuacji oferta wykonawcy, który oferuje w odniesieniu do świateł zagłębionych znajdujących się w Polach Ruchu Naziemnego zwykłe - tj. niewzmocnione pryzmaty jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega bezwzględnej sankcji w postaci odrzucenia oferty w trybie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp.

Wymaga podkreślenia, że zmniejszenie sprawności świetlnej lamp lotniskowych następuje zarówno wskutek warunków atmosferycznych jak i przede wszystkim eksploatacji drogi startowej. Funkcjonowanie lamp jest określone w normie Europejskiej Agencji Bezpieczeństwa Lotniczego (EASA).

Jednym z najważniejszych parametrów lamp lotniskowych jest minimum światłości dla wiązki głównej - przy czym jak wskazują wyniki pomiarów eksploatacyjnych charakterystyczne są znaczące zmiany w charakterystyce emitowanego światła (przesunięcie głównej wiązki względem norm, jak również w niektórych sytuacjach jej rozproszenie wskutek uszkodzeń pryzmatów lamp (porysowane i poryszczerbiane).

Jako czynnik odpowiedzialny za największe uszkodzenia pryzmatów lamp wskazuje się druciane szczotki na pługach odśnieżających płaszczyzny lotniskowe - największe zużycie opraw zagłębionych jest obserwowane w okresie zimowym gdzie podczas zimowego utrzymania pasa dokonywane jest gruntowne oczyszczanie płaszczyzn lotniskowych z zalegającego śniegu oraz błota z wykorzystaniem środków chemicznych oraz specjalistycznych pługów wyposażonych w druciane szczotki.

W celu zabezpieczenia pryzmatów lamp lotniskowych przed uszkodzeniem prowadzącym z uwagi na rygorystyczne wymagania dotyczące parametrów jakości światła, producenci lamp stosują techniki zabezpieczające.

W przypadku zastosowania przez producenta opraw z pryzmatami dookólnymi zamontowanymi pośrodku oprawy przy braku wzmocnienia mechanicznego w postaci specjalnej konstrukcji, której zadaniem jest ochrona pryzmatu, brak jest możliwości uzyskania efektu którego wymagał Zamawiający tj. ochrony przed uszkodzeniem lub zniszczeniem podczas prowadzenia odśnieżania lub czyszczenia nawierzchni.

Wskazać należy, że nie ma obecnie dostępnej technologii (żaden producent nie posiada takiej technologii), która pozwala na wzmocnienie przy użyciu nakładek szafirowych pryzmatów przy takiej konstrukcji oprawy nawigacyjnej (pryzmat dookólny zamontowany po środku oprawy) a zatem konieczne było zaoferowanie innej technologii zabezpieczenia pryzmatów.

### III. Treść oferty Elektrotim w postępowaniu.

Zgodnie z SWZ Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia w terminie składania ofert w szczególności:

12.4. W terminie składania ofert określonym w pkt 13.1. SWZ wykonawca zobowiązany jest złożyć Zamawiającemu Ofertę zawierającą:

- a) formularz Oferty (sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ) sporządzony pod rygorem nieważności w formie elektronicznej tj. opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym,

Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą w szczególności dodatkowych danych dotyczących oferowanego systemu oświetlenia ani przedmiotowych środków dowodowych, jednak wykonawca Elektrotim taki dokument wraz z ofertą złożył.

Treść oferty Elektrotim potwierdza jednoznacznie, że Opis systemu jaki oferuje Zamawiającemu w postępowaniu stanowi integralny element treści oferty wykonawcy ze wszystkimi tego konsekwencjami:

12. Załącznikami do niniejszej oferty są:

Lp. nazwa załącznika

1. Formularz oferty - załącznik nr 1
2. Oświadczenie JEDZ Elektrotim SA
3. Oświadczenie Wykonawcy - Załącznik nr 2A
4. Odpis KRS
5. Opis systemu

## 6. Gwarancja zapłaty wadium

Zakres danych zawartych w Załączniku nr 5 do Formularza oferty - Opis Systemu odpowiada znaczeniu pojęcia treść oferty.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji warunków zamówienia powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami SWZ.

W orzecznictwie przez pojęcie "treść oferty" należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego zamówienia.

"Treść oferty" to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym oraz na wezwanie Zamawiającego. Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Jak wskazano bowiem w komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych pod red. H. Nowaka i M. Winiarza (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021) "Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego

ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia".

Sam fakt, że Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą dodatkowego Opisu systemu nie oznacza, że w przypadku jego złożenia przez wykonawcę Zamawiający miałby pominąć ten dokument w procesie oceny oferty.

Jak słusznie wskazuje orzecznictwo Izby - tak przykładowo:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 października 2023 r. KIO 2728/23

Niesporne było, co podnosił odwołujący, że zamawiający nie wymagał przedmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie ww. parametru. Sporna była natomiast ocena, co w sytuacji, gdy taki środek został złożony, lecz nie potwierdzał spełnienia wymaganego parametru.(...)

Po pierwsze, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że fakt, iż zamawiający nie wymagał w celu potwierdzenia spełnienia ww. parametru złożenia przedmiotowego środka dowodowego, a wymagał jedynie oświadczenia wykonawcy w tym zakresie, nie oznacza, że mógł pozostać obojętny na informacje wynikające z załączonej do oferty karty technicznej w sytuacji, gdy treść tego dokumentu wskazywała na nie spełnianie wymaganego parametru.

Sygn. akt: KIO 509/12, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2012 r.

Niewątpliwym jest, iż zamawiający na potwierdzenie spełnienia wymagań określonych w treści SIWZ (załączniki nr 6A - 6J) nie żądał złożenia żadnego dokumentu. Niewątpliwym jest także, iż mimo braku takiego żądania, wykonawca (...) w załączeniu do oferty złożył certyfikat, z treści którego wynika, iż monitor (HP 2311x) zaoferowany przez tego wykonawcę nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, tj. „OSD: Tak, w języku polskim” (załącznik nr 6A, pkt II, ppkt 10). Skoro więc wykonawca (...) taki dokument (niewymagany treścią SIWZ) złożył i wręcz wskazał, że stanowi on integralną część oferty (pkt 14 „Formularza oferty”) oznacza to, iż podlega on także analizie zamawiającego w toku procedury badania i oceny ofert. Oferta to bowiem oświadczenie woli prowadzące do zawarcia umowy, którego treść stanowi jej merytoryczną zawartość, a więc oświadczenie obejmujące nie tylko wolę zawarcia umowy o ustalonej przez zamawiającego treści, ale także wolę spełnienia świadczenia wymaganego przez zamawiającego (zgodnego z wymaganiami określonymi w załącznikach nr 6A - 6J). Treścią oferty jest bowiem nie tylko formularz ofertowy „(...) ale na treść oferty składają się wszystkie dokumenty doprecyzowujące i dookreślające oświadczenie woli wykonawcy.

W szczególności na ofertę będzie składało się wskazanie przez wykonawcę sposobu, w jaki będzie realizował zamówienie” (KIO 1548/11). Wykonawca (...) składając certyfikat

doprecyzował więc, iż przedmiotem jego świadczenia będzie monitor HP 2311x. Złożony dokument (certyfikat) dookreśla bowiem jeden z elementów oświadczenia woli wykonawcy (...), w którym przedstawia on proponowany sposób spełnienia świadczenia odpowiadającego wymogom zamawiającego ujętym w treści SIWZ (załącznik nr 6A, pkt II, ppkt 10) w zakresie zaoferowanego monitora. Twierdzenia zamawiającego, iż ów dokument należy traktować jako „dokument obcy”, a tym samym pominąć go, nie zasługują na aprobatę. Powyższe prowadziłyby bowiem do sytuacji, w której wybrano by ofertę, która nie spełnia wymagań zamawiającego postawionych w treści SIWZ

Co więcej, jak wskazuje powyższe orzeczenie Izby w odniesieniu do dopuszczalności zastosowania oraz skutków procedury wyjaśniającej taki nadmiarowy niewymagany dokument stanowiący treść oferty:

Tak więc zamawiający powziąwszy wątpliwość co do zgodności treści oferty wykonawcy (...) z treścią SIWZ prawidłowo uczynił, żądając od tego wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty. W ich wyniku wykonawca

(...) oświadczył, iż zaoferował monitor NEC i mimo „omyłkowego” złożenia wraz z ofertą certyfikatu monitora HP takiego monitora nie zaoferował, „(...) gdyż żaden z monitorów produkowanych przez HP nie posiada OSD w języku polskim”. Niemniej jednak wyjaśnienia uzyskane w wyniku wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą prowadzić do jakichkolwiek zmian w treści oferty danego wykonawcy. Tak więc muszą się one ograniczać wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści oferty, a nie jej zmiany. Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym wykonawca (...) wskazał monitor innego producenta niż wynika to z treści złożonej przez niego oferty. Oznacza to więc, iż w istocie, w wyniku udzielonych wyjaśnień doszło do zmiany treści uprzednio złożonej oferty, a taka zmiana jest niedopuszczalna. Bez znaczenia dla przedmiotowego rozstrzygnięcia jest okoliczność, iż - jak konsekwentnie podnosił to wykonawca (...) - dokument ten załączono omyłkowo. Tym samym potwierdził się zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy (...).

Podkreślić należy, że aktualne postępowanie jest drugim w kolejności obejmującym tożsamy przedmiot zamówienia a Elektrotim składał również ofertę w poprzednim unieważnionym przetargu.

Oferta Elektrotim z poprzedniego przetargu z dnia 10.08.2023r. nie zawierała dodatkowego Opisu systemu (także nie był wymagany poprzednią SWZ). Zgodnie z ofertą Elektrotim z poprzedniego postępowania złożono następujące załączniki do oferty:

12. Załącznikami do niniejszej oferty są:

Lp. nazwa załącznika

1. Formularz oferty - załącznik nr 1
2. Oświadczenie JEDZ Elektrotim SA
3. Oświadczenie Wykonawcy - Załącznik nr 2A
4. Odpis KRS
5. Gwarancja zapłaty wadium

Powyższe potwierdza, że skoro wykonawca w obecnym postępowaniu uznał za konieczne uzupełnienie treści oferty o dodatkowy Opis systemu to nie było to działanie przypadkowe i nieprzemyślane a dane zawarte w Opisie zbędne.

Zakres danych zawartych w treści Opisu systemu potwierdzają, że ma on charakter oferty sensu stricte precyzujący zakres rzeczowy świadczeń jakie przewidział zrealizować w ramach oferty jaką składa Zamawiającemu w przetargu.

Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z oferty jest przy tym tożsamy z zakresem zobowiązań na etapie realizacji zamówienia publicznego co oznacza, że składając takie oświadczenie, w przypadku jego przyjęcia przez Zamawiającego i uznania oferty za zgodną z SWZ miałby prawo realizować zamówienie przy użyciu zaoferowanych oprav.

Wobec faktu, że Opis systemu identyfikuje co do tożsamości zaoferowane przez Elektrotim w postępowaniu rozwiązanie możliwa była weryfikacja zaoferowanego rozwiązania pod kątem jego zgodności z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w OPZ SWZ.

Zaoferowane rozwiązanie posiada publicznie dostępną oraz pełną i szczegółową oficjalną dokumentację techniczną produktów bezpośrednio od jego producenta, co powoduje, że weryfikacja zgodności rozwiązania z SWZ jest możliwa.

Odwolujący wskazuje przy tym, że w sytuacji gdy złożono wraz z ofertą dokument zawierający uszczegółowienie zakresu świadczenia ofertowego wykonawcy niedopuszczalne jest pomijanie jego treści w procesie badania i oceny oferty i poprzestawianie na blankietowym oświadczeniu zawartym w narzuconym szablonie formularza ofertowego w przedmiocie deklarowanej ogólnej zgodności treści oferty z SWZ - tak przykładowo: KIO 2226/19, wyrok z dnia 19 listopada 2019 r. o zgodności z SIWZ nie może świadczyć ogólne zapewnienie o zgodności oferty z treścią SIWZ, zawarte w formularzu oferty. Takie ogólne oświadczenie nie może prowadzić do uznania za niebyłe szczegółowych oświadczeń odnoszących się do poszczególnych merytorycznych aspektów oferty. Nie można z niego wywodzić zgodności oferty z treścią SIWZ w sytuacji, gdy oświadczenie konkretyzujące sposób realizacji zamówienia jest z tą treścią niezgodne. Przyjęcie odmiennego stanowiska

prowadziłoby do tego, że w zasadzie w żadnej sytuacji niemożliwe byłoby stwierdzenie niezgodności treści oferty z SIWZ, niezależnie od szczegółowych oświadczeń i dokumentów, gdyż ogólne zobowiązanie do wykonania zamówienia standardowo zamieszczane jest w ofercie w każdym postępowaniu.

IV . Niezgodność treści oferty Elektrotim z treścią warunków zamówienia - podstawa odrzucenia zgodnie z art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp. - zaoferowanie niezgodnego rozmiaru obudów oprav zagłębionych na drodze startowej.

Jak wskazano powyżej Zamawiający wymagał w PFU, co potwierdził w toku procedury wyjaśniającej SWZ, w odniesieniu do oprav oświetlenia drogi startowej zastosowania wyłącznie oprav 12".

Zaoferowanie w odniesieniu do oprav zagłębionych na drodze startowej oprav w rozmiarze 8" stanowi bezwzględnie niezgodność z wymaganiami SWZ i podstawę odrzucenia oferty w trybie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp.

Jak wynika z Opisu systemu zaoferowanego w przetargu przez Elektrotim wykonawca ten zaoferował jednolitą wielkość opraw tj. 8" wskazanego producenta HDK:

Oferowane oprawy producenta HDK są wyposażone w wymagane moduły fail-open, a zagłębione oprawy są wyposażone we wzmocnione pryzmaty, zagłębione oprawy krawędzi dróg kołowania w konstrukcję chroniącą pryzmat przed uszkodzeniem mechanicznym powstałym na skutek odśnieżania (od szczotek lub lemieszki pługów7). Oferowane zagłębione oprawy 8" o wysokości wystawiania 3,5 mm są znacznie niższe od wymagań z dokumentacji przetargowej, co jest bardzo istotne od strony utrzymania zimowego ze względu na mniejsze uszkodzenia opraw przez pługi w trakcie odśnieżania. Wszystkie świetlne pomocy nawigacyjne oferowane w ramach przedmiotowego zadania są urządzeniami wyposażonymi w źródła światła LED.

Należy zauważyć, że wykonawca w ostatnim zdaniu oświadczenia załączonego do oferty stwierdza, że „Wszystkie świetlne pomocy nawigacyjne oferowane w ramach przedmiotowego zadania są urządzeniami wyposażonymi w źródła światła LED.”

Zamawiający wymaga (zgodnie z załącznikiem nr 12 do SWZ) świateł LED zarówno na drodze startowej jak i kołowania. To wskazuje, że wykonawca nie różnicował w ww. akapicie opraw na te, które dotyczą drogi startowej i dróg kołowania - jeżeliby tak było, wskazałby to w sposób wyraźny. Skoro wykonawca nie różnicował opraw w swoim zobowiązaniu, to jego oświadczenie o oprawach 8 calowych odnosi się zarówno do dróg kołowania jak i drogi startowej.

Wykonawca stwierdza, że „Oferowane oprawy producenta HDK są wyposażone w wymagane moduły fail-open, a zagłębione oprawy są wyposażone we wzmocnione pryzmaty, zagłębione oprawy krawędzi dróg kołowania w konstrukcję chroniącą pryzmat przed uszkodzeniem mechanicznym powstałym na skutek odśnieżania (od szczotek lub lemieszki pługów).”

Zatem wykonawca rozróżnił w treści oferty oprawy zagłębione wyposażone we wzmocnione pryzmaty (jak ma wynikać ze złożonego oświadczenia wszystkie oprawy zagłębione bez rozróżnienia na drogi kołowania i drogę startową) oraz wyszczególnił w ich ramach jako podzbiór „zagłębione oprawy krawędzi dróg kołowania” które są dodatkowo wyposażone w konstrukcję chroniącą pryzmat przed uszkodzeniem mechanicznym powstałym na skutek odśnieżania.”

Dodatkowo Wykonawca stwierdza, że „Oferowane zagłębione oprawy 8" o wysokości wystawiania 3,5 mm są znacznie niższe od wymagań z dokumentacji przetargowej, co jest bardzo istotne od strony utrzymania zimowego ze względu na mniejsze uszkodzenia opraw przez pługi w trakcie odśnieżania.” - w tym przypadku oświadczenie nie ogranicza się do określonego miejsca położenia opraw ale wszystkich oferowanych opraw, które mają jednolity rozmiar 8”.

Wykonawca opisuje przy tym i uzasadnia dodatkowo przyczynę zastosowania jednolitych opraw lamp lotniskowych jako 8" z uwagi na ich niską wysokość wystawiania w przypadku opraw producenta HDK, która ma przekładać się na mniejsze ryzyko uszkodzenia wskutek stosowania środków zimowego utrzymania lotniska.

Faktycznie w przypadku opraw o rozmiarze 12" ich wysokość wystawiania bez względu na producenta to ponad 6 mm, co jednak nie zmienia faktu, że w postępowaniu w obrębie drogi startowej obowiązkiem wykonawców było zaoferowanie opraw w rozmiarze nie 8 ale 12" pomimo, że te pierwsze w przypadku producenta HDK są szczególnie niskoprofilowe.

W świetle treści złożonego przez Elektrotim jako integralnego elementu treści oferty Opisu systemu zaoferowany rozmiar opraw pozostaje wprost niezgodny z treścią SWZ co skutkuje odrzuceniem oferty w trybie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp.

Zmiana treści oferty Elektrotim w wyniku wyjaśnień oraz prowadzenie

negocjacji treści oferty.

I. Wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień treści oferty z 4.10.2023r.

Zamawiający potraktował Opis systemu analogicznie jak Odwołujący tj. jako treść oferty czego potwierdzeniem jest wystosowane do wykonawcy wezwanie w trybie art. 223 ust 1 Pzp dotyczące w szczególności rozmiaru opraw lamp (pismo z dnia 4.10.2023r.).

Co więcej treść wezwania wskazywała, że Zamawiający odczytał treść oświadczenia wykonawcy zawartego w Opisie Systemu jako zamiar realizacji przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z tym opisem (a zatem także w odniesieniu do rozmiaru lamp zagłębionych).

Zgodnie z wezwaniem Zamawiający wnosił o potwierdzenie, że wykonawca w ramach realizacji zamówienia dostarczy System zgodny z Załącznikiem nr 5 do oferty (a więc potwierdzenia tego co wprost wynika z samej oferty, że system ten będzie niezgodny z SWZ):

Działając na podstawie art 223 ust. 1 PZP Zamawiający wzywa Wykonawcę do potwierdzenia, że w ramach realizacji przedmiotu zamówienia na „Wykonanie systemu świetlnych pomocy nawigacyjnych CAT II na Lotnisku Szczecin-Goleniów wraz z infrastrukturą towarzyszącą-II postępowanie” dostarczy Zamawiającemu system będący przedmiotem zamówienia zgodny z parametrami określonymi w fakultatywnie załączonym do oferty Wykonawcy, jako załącznik nr 5, Opiszem systemu.

V.2. Odpowiedź Elektrotim na wezwanie z 6.10.2023r.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wykonawca Elektrotim pismem z dnia 6.10.2023r. usiłował dewaluować znaczenie Opisu systemu twierdząc, że fakultatywnie złożony dokument zawierać ma jedynie „ogólną prezentację rozwiązań przyjętych podczas sporządzania oferty, jako wskazanie między innymi zastosowania innych producentów niż wskazani w PFU oraz PK, którzy to producenci spełniają wymogi postawione przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej.”

Przyczyną co wynika z dalszej części oświadczenia, ma to rzekomo oznaczać, że: „Wykonawca dostarczy system zgodny z dokumentacją przetargową przy przyjęciu urządzeń producentów

innych niż wskazani przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej, na stronach 10-13 PK.”

Elektrotim w wyjaśnieniach dokonuje zmiany treści oferty uzupełniając Opis systemu o informacje, że zastosowanie opraw 8" ma być ograniczone jedynie do dróg kołowania:

„Dołączony do oferty Opis Systemu zawiera informacje na temat rozwiązań przyjętych w wycenie oraz wskazuje przewagę wybranych elementów takich jak np. wysokość wystawiania ponad nawierzchnię opraw 8", stosowanych na drogach kołowania czy prawidłowość działania systemu nawet przy bardzo niskich poziomach rezystancji". Powyższe wprost potwierdza, że Wykonawca był świadomy niezgodności treści oferty w związku z faktem zaoferowania jednolitego rozmiaru opraw i dokonał koniecznej w tej sytuacji zmiany oferty. Zgodnie z art. 218 ust 2 Pzp - treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia a jednocześnie zgodnie z art. 219 ust 2 Pzp zmiana treści złożonej oferty możliwa jest wyłącznie w trybie wycofania pierwotnie złożonej, przy czym dopuszczalne jest to tylko przed terminem składania ofert. Zaznaczyć należy również, że wykonawca składając swoją ofertę dokonuje jej wyartykułowania w świetle wymagań SWZ. Takie wyartykułowanie winno nastąpić najpóźniej do upływu terminu składania ofert. Tak złożonej oferty wykonawca na wezwanie zamawiającego nie może uzupełnić ani dokonywać jej zmiany. Inne podejście wypaczałoby mechanizm konkurencyjności wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zasada niezmienności treści oferty stanowi podstawową gwarancję realizacji w postępowaniu takich zasad udzielania zamówień publicznych jak równość, uczciwa konkurencja i przejrzystość, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby, przykładowo: KIO 3555/21, wyrok z dnia 20 grudnia 2021 r. Oferta 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 p.z.p. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2022 r. KIO/KD 30/22. Należy również w tym miejscu zwrócić uwagę na regulację zawartą w art. 223 ust. 1 Pzp, zgodnie, z którym, 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 art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przepis ten wprost wyraża więc ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem powyższej regulacji powinno mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty i zawartych w niej oświadczeń i informacji, tj. nie może stanowić zmiany oferty. Granicą zastosowania art. 223 ust 1 Pzp na gruncie utrwalonego orzecznictwa Izby jest niezmienność treści oferty i zakaz złożenia i przyjęcia przez zamawiającego takich wyjaśnień, które prowadziłyby do istotnych zmian w treści oferty lub zmierzałyby do prowadzenia negocjacji między wykonawcą a zamawiającym (zob. choćby wyrok z 3 lipca 2018 r. sygn. akt KIO 1194/18 czy wyrok z 21 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2574/17). Wyjaśnienia składane przez wykonawcę muszą zatem ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w złożonej ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Tymczasem co wprost wynika z treści oferty Elektrotim zastosowanie opraw o rozmiarze 8" jest w obrębie oferty uniwersalne a jednocześnie oferta nie przewiduje zastosowania opraw 12". Dopiero zatem w fazie po złożeniu oferty dochodzi do zmiany treści stanowczego oświadczenia w tym zakresie, poprzez wskazanie, że oprawy o średnicy 8" miały rzekomo być zaoferowane jedynie dla Dróg Kołowania a niezaoferowane 12" dla Drogi Startowej.

V.3. Wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień treści oferty z 9.10.2023r. Zamawiający po uzyskaniu wyjaśnień Elektrotim z dnia 6.10.2023r. mając świadomość dokonanej w ich wyniku modyfikacji treści oferty, wezwał ponownie wykonawcę tym razem do potwierdzenia, że w rzeczywistości zaoferował w ramach oferty oprawy 12" dla Drogi Startowej. Zgodnie z wezwaniem Zamawiający zadał wykonawcy pytanie zamknięte w formule: 1. Czy Wykonawca zastosuje światła zagłębione na Drodze Startowej w rozmiarze 12 cali? [Proszę o udzielenie odpowiedzi poprzez jednoznaczne określenie: TAK - zastosuje światła zagłębione na Drodze Startowej w rozmiarze 12 cali albo: NIE - nie zastosuje światła zagłębionych na Drodze Startowej w rozmiarze 12 cali, zastosuje]; W ocenie Odwołującego powyższe ustalenia mają charakter zabronionych w trybie art. 223 ust 1 Pzp negocjacji treści oferty prowadząc do jej zmiany w wyniku wyjaśnień z dnia 11.10.2023r. co potwierdza orzecznictwo, przykładowo: KIO 1537/21, wyrok z dnia 20 lipca 2021 r. Niewątpliwym jest, że treść pytania determinuje treść odpowiedzi i to zamawiający winien go tak sformułować, aby

nie wynikało z niego negocjowanie treści oferty. Treść oferty nie zawiera w ogóle oświadczenia w przedmiocie faktu zaoferowania przez Elektrotim wymaganych opraw 12" - wręcz przeciwnie, zawiera potwierdzenie zaoferowania jedynie opraw 8". Zgodnie z brzmieniem art. 223 ust 1 Pzp możliwe jest wyłącznie wyjaśnienie treści złożonej oferty a zatem wyjaśnienia są dozwolone jedynie w obrębie tych oświadczeń które zostały złożone a nie tych których w ofercie brak. Pzp nie przewiduje procedury dokonywania wyjaśnień treści oferty, której wykonawca nie złożył - tak przykładowo: KIO 587/21 wyrok z dnia 1 kwietnia 2021 r. „nie można tracić z pola widzenia, że art. 87 ust. 1 p.z.p. służy co do zasady wyjaśnianiu

treści zawartych w ofercie, a nie uzupełnianiu oferty o istotne treści niezbędne do potwierdzenia spełnienia wymagań zamawiającego. Wyjaśnieniu podlega bowiem treść oferty, a więc oświadczenie wykonawcy, o ile jest ono niejasne lub budzi wątpliwości zamawiającego. Prawo zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty, jak wynika z brzmienia art. 87 ust. 1 p.z.p., jest bowiem ograniczone przedmiotowo i nie może być wykonywane całkowicie dowolnie. Zamawiający nie może negocjować treści oferty, ani dokonywać w niej zmian za wyjątkiem zmian wskazanych w art. 87 ust. 2 p.z.p." KIO 652/21, wyrok z dnia 31 marca 2021 r. „Konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. jako nieodpowiadającej treści specyfikacji, z zastrzeżeniem zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 p.z.p., jeżeli nie prowadzi to do zmiany treści oferty. Tryb ten nie może służyć bowiem obejściu braku należytego sprecyzowania treści oferty, gdyż dokumenty te służą potwierdzeniu treści oferty, a nie jej rekonstruowaniu na ich podstawie. „ Skoro treść oferty Elektrotim w ogóle nie przewiduje zastosowania opraw o rozmiarze 12" to kwestia ich zaoferowania nie może być przedmiotem wyjaśnień a w konsekwencji modyfikacji i uzupełnienia treści oferty przez wykonawcę. O fakcie prowadzenia negocjacji treści oferty najlepiej świadczy okoliczność, że gdyby wykonawca wezwany do takich wyjaśnień oświadczył - zgodnie z ofertą - że zamierza wykonać oświetlenie przy użyciu opraw 8" Zamawiający z pewnością ofertę Elektrotim by odrzucił, a zatem wykonawca mógłby w zależności od efektu jaki chciałby uzyskać w postępowaniu dowolnie spowodować po złożeniu ofert odrzucenie lub wybór własnej oferty.

#### V.4. Odpowiedź Elektrotim na wezwanie z 11.10.2023r.

Wykonawca Elektrotim udzielając odpowiedzi potwierdził zgodnie z narzuconą przez Zamawiającego formułą wezwania, niezgodnie z treścią złożonego z ofertą Opisu systemu, że:

1. Dla pytania 1: „Czy Wykonawca zastosuje światła zagłębione na Drodze Startowej w

rozmiarze 12 cali?'

Odpowiedź: TAK, Wykonawca zastosuje światła zagłębione na Drodze Startowej w rozmiarze 12 cali. Reasumując, w ocenie Odwołującego: Elektrotim w złożonej w postępowaniu ofercie złożył zobowiązanie do realizacji zamówienia przy zastosowaniu wyłącznie opraw w rozmiarze 8" co jest niezgodne z SWZ, w postępowaniu pomimo ujawnionej ewidentnej niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, zastosowano niedozwoloną procedurę wyjaśnienia treści oferty mającej znamiona negocjacji, powodując zmianę treści oferty, w konsekwencji oferta Elektrotim jako niezgodna z warunkami zamówienia winna podlegać obligatoryjnemu odrzuceniu w trybie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp.

Na marginesie wskazać należy, że Zamawiający informuje w SWZ, że zamierza zrealizować zamówienie przy udziale środków pochodzących z Unii Europejskiej z Instrumentu „Łącząc Europę" - Numer Projektu: 101079560.

W tej sytuacji zgodnie z obowiązującym Rozporządzeniem Ministra Rozwoju w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U. 2021 poz. 2179) -

zaniechanie odrzucenia ofert niezgodnych z warunkami zamówienia z naruszeniem Pzp analogicznie jak dokonanie zmiany treści oferty po terminie złożenia skutkują nałożeniem na Beneficjenta korekty finansowej włącznie z możliwością uznania środków w całości za niekwalifikowalne.

#### II. Niezgodność treści oferty Elektrotim z treścią warunków zamówienia - podstawa

odrzućenia zgodnie z art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp. - zaoferowanie w światłach zagłębionych znajdujących się w Polach Ruchu Naziemnego (PRN) niewzmocnionych pryzmatów. Zgodnie z Opiszem Systemu wykonawca zaoferował lampy lotniskowe - w tym w szczególności lampy zagłębione producenta HD

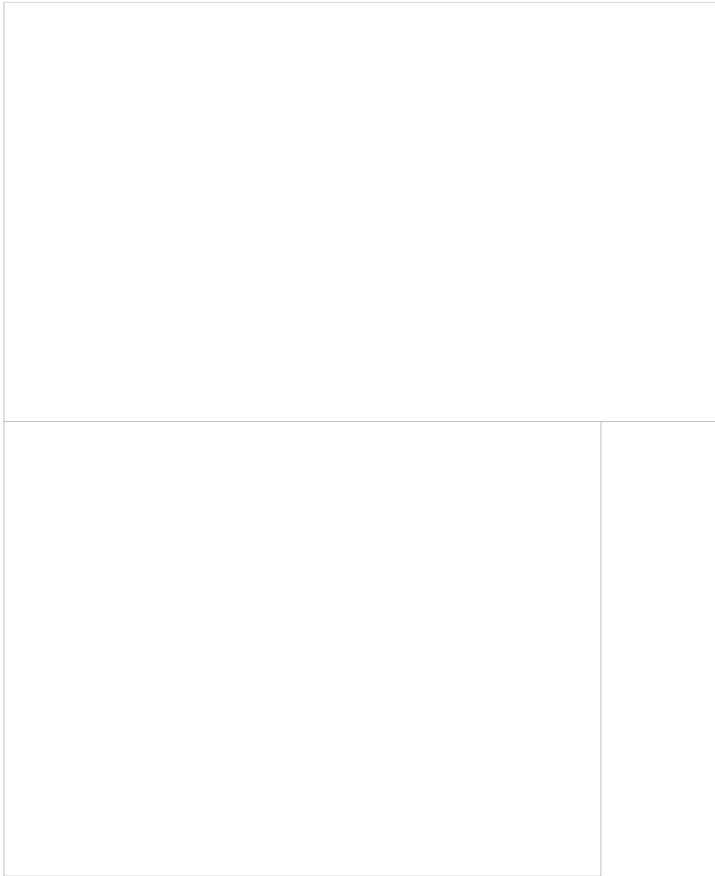
Jak również w wyjaśnieniach z dnia 13.11.2023r. w zakresie dotyczących oświadczenia w trybie art. 5k przepisów sankcyjnych, w którym Elektrotim oświadczył:

Ad 1.

Tak, Wykonawca będzie korzystał z podwykonawców lub dostawców, jednak na etapie składania ofert nie są oni znani. Wykonawca będzie chciał skorzystać z urządzeń producenta tj. firm „GRP Iluminacion" oraz „HDK", wskazanych przez Wykonawcę w fakultatywnie dołączonym do oferty Opisie Systemu.

Ad 2.

Informujemy, że ww. podmioty (GRP Iluminacion oraz HDK) to producenci urządzeń, W ofercie producenta HDK (pełna nazwa: Hangdakang Mechanical & Electrical Technology Co., Ltd.) w odniesieniu do światła zagłębionych znajdujących się w Polach Ruchu Naziemnego - dróg kołowania (PRN) znajduje się tylko jeden model lampy: Taxiway Edge Light(inset) model ILC-TWE(L) Produkt posiada publicznie dostępną i oficjalną dokumentację techniczną producenta Załącznik nr 1 do odwołania Folder oprawy Taxiway Edge Light(inset) model ILC-TWE(L) dokument wraz z tłumaczeniem na język polski. Model ten posiada oprawy w pryzmatami dookólnymi zamontowanymi pośrodku oprawy. Zdjęcie oprawy zagłębionej krawędzi drogi kołowania poniżej.



Wymaganie Zamawiającego dotyczące konieczności zaoferowania wzmocnionych pryzmatów ma bezpośredni związek ze sposobem ich użytkowania i ryzykami związanymi zwłaszcza z zimowym utrzymaniem dróg lotniskowych o czym była mowa na wstępie odwołania.

Zamawiający dodatkowo poza klarownym wymaganiem SWZ w tym zakresie w trakcie procedury wyjaśniającej SWZ potwierdził aktualność wymagania.

Odwołujący potwierdza, że nie ma obecnie dostępnej technologii (żaden producent nie posiada takiej), która pozwala na wzmocnienie pryzmatów takiej konstrukcji jak producenta HDK przy użyciu nakładek szafirowych.

Karta katalogowa firmy HDK wyraźnie wskazuje, że opcja wzmocnienia pryzmatów dla opraw zagłębionych dróg kołowania nie jest dostępna dla produktów. Potwierdza to, że oferta jest niezgodna z jasnym wymaganiem SWZ. Zamawiający natomiast w wezwaniu w istocie nie miał zamiaru uzyskać jakichkolwiek weryfikowalnych i wiarygodnych danych np. wnosząc o potwierdzenie spełnienia wymogu przykładowo na podstawie karty katalogowej produktu, która by potwierdzała zabezpieczenie pryzmatu dla tej kategorii opraw. Przy czym podkreślenia wymaga, że Elektrotim nie jest producentem zaoferowanych lamp.

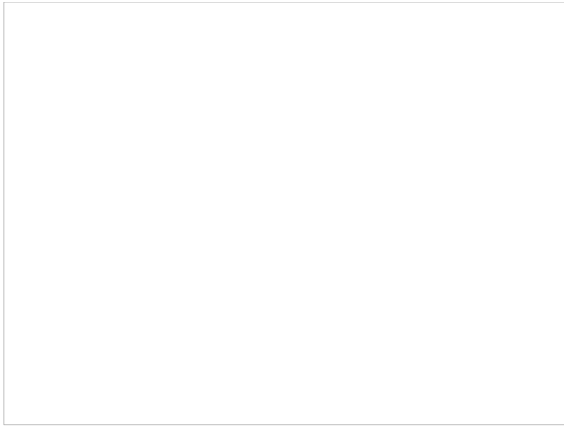
Opis systemu wskazuje, że Elektrotim miał zaoferować zagłębione oprawy wyposażone we wzmocnione pryzmaty: Oferowane oprawy producenta HDK są wyposażone w wymagane moduły fail-open, a zagłębione oprawy są wyposażone we wzmocnione pryzmaty, zagłębione oprawy krawędzi dróg kołowania w konstrukcję chroniącą pryzmat przed uszkodzeniem mechanicznym powstałym na skutek

odsnieżania (od szczotek lub lemieszki pługów). Oferowane zagłębione oprawy 8" o wysokości wystawiania 3,5 mm są znacznie niższe od wymagań z dokumentacji przetargowej, co jest bardzo istotne od strony utrzymania zimowego ze względu na mniejsze uszkodzenia opraw przez pługi w trakcie odsnieżania. Wszystkie świetlne pomocy nawigacyjne.

Tymczasem co jasno wynika z danych jedynej oprawy zagłębionej dróg kołowania w ofercie producenta HDK Taxiway Edge Light(inset) model ILC-TWE(L) oprawa ta nie posiada żadnego wzmocnienia pryzmatów.

Pryzmat opraw drogi kołowania dla produktu HDK jest całkowicie odsłonięty nie spełniając wymagań SWZ. Należy dodać, że karta katalogowa opraw krawędzi drogi kołowania firmy HDK nie zawiera żadnej informacji o możliwości zamówienia tego typu oprawy w wersji ze wzmocnionym pryzmatem. Na rynku są dostępne oprawy zagłębione dróg kołowania które posiadają wymagane przez Zamawiającego w SWZ

wzmocnienia pryzmatów - poniżej tytułem przykładu oprawa zaoferowana przez Odwołującego:



W trakcie postępowania Zamawiający zwrócił się w dniu 9.10.2023r. do Elektrotim o udzielenie wyjaśnień treści oferty formułując blankietowe zapytanie w formule jak w przypadku rozmiaru opraw, na które wykonawca w dniu 11.10.2023r. odpowiedział równie blankietowo tj.:

2, Dla pytania 2: „Czy Wykonawca zastosuje w światłach zagłębionych znajdujących się w PRN z wzmocnionymi pryzmatami?”

Odpowiedź: TAK.

Skoro zatem Elektrotim zaferował w postępowaniu oprawy zagłębione dróg kołowania producenta HDK ten zaś posiada w tej kategorii oświetlenia tylko jeden produkt Taxiway Edge Light(inset) model ILC-TWE(L) a oprawa ta nie posiada żadnego wzmocnienia pryzmatów - uznać należy, że oferta wykonawcy Elektrotim pozostaje niezgodna z treścią SWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp. Mając powyższe na względzie odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający

SYGNATURA AKT: KIO 91/24

TERMIN POSIEDZENIA: 29 STYCZNIA 2024 R., GODZ. 13:00

#### ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO NA ODWOŁANIE

w odpowiedzi na odwołanie Odwołującego wniesione dnia 8 stycznia 2024 r. („Odwołanie”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie systemu świetlnych pomocy nawigacyjnych CATII na Lotnisku Szczecin - Goleniów wraz z infrastrukturą towarzyszącą - II postępowanie” o nr 02/CEF/2023 (dalej jako „Postępowanie”), a także w odpowiedzi na zobowiązanie do przedstawienia odpowiedzi na odwołanie, zawierającej ustosunkowanie się do zarzutów przedstawionych w odwołaniu z dnia 23 stycznia 2024 r. (UZP/BO/MP/622/2473/24) oraz na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej jako PZPJ), niniejszym wnoszę o:

- (i) o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego;
- (ii) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści uzasadnienia

odpowiedzi na odwołanie na okoliczności (fakty) tam wskazane;

- (iii) zasądzenie na rzecz Zamawiającego od Odwołującego kosztów postępowania

odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wraz z kosztami dojazdu na posiedzenie, według spisu kosztów przedłożonego na posiedzeniu.

#### UZASADNIENIE

##### I. PRZEDSTAWIENIE STANU FAKTYCZNEGO

1. Dnia 22 sierpnia 2023 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie

zamówienia publicznego pn. „Wykonanie systemu świetlnych pomocy nawigacyjnych CAT II na Lotnisku Szczecin-Goleniów wraz z infrastrukturą towarzyszącą - II postępowanie” poprzez przekazanie do publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE, które następnie dnia 25 sierpnia 2023 r. zostało opublikowane pod numerem 2023/S 163511960 (dalej jako „Postępowanie”). Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, w trybie właściwym dla postępowań o wartości równej lub wyższej niż kwoty określone w aktach wymienionych w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm. - dalej jako „PZP”).

Dowód: ogłoszenie o zamówieniu nr 2023/S 163-511960 z dnia 25.08. 2023 r. (w aktach postępowania).

2. Opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu stanowił Program Funkcjonalno Użytkowy (PFU), stanowiący załącznik nr 9-9A do SWZ oraz Projekt Konceptyjny, stanowiący załącznik nr 12-12A do SWZ.
3. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie systemu świetlnych pomocy nawigacyjnych CAT. II na Lotnisku Szczecin-Goleniów, w tym m. in. dostawa i montaż oświetlenia nawigacyjnego na drodze startowej oraz drogach kołowania.
4. W ramach PFU, w pkt 2.2.2.5. Zamawiający określił część swoich wymagań dla opraw oświetlenia nawigacyjnego na drodze startowej w sposób następujący: „Oprawy zagłębione na drodze startowej powinny być dostarczone i instalowane w rozmiarze obudowy 12" i 6 śrubach mocujących (lub innych wymiarach zgodnych z systemem stosowanym przez Oferenta pod warunkiem akceptacji Zamawiającego). Całość oświetlenia musi posiadać wzmocnione pryzmaty chroniące przez zniszczeniem podczas prowadzenia odśnieżania lub czyszczenia nawierzchni...".

Dowód: Załącznik nr 9 do SWZ dla Postępowania (w aktach postępowania).

5. Następnie w PFU, w pkt 2.2.2.7. Zamawiający określił część swoich wymagań także dla opraw oświetlenia nawigacyjnego dróg kołowania w sposób następujący/ „Oprawy zagłębione powinno się przyjąć w standardzie obudowy o rozmiarze 8" (lub innym wymiarze zgodnych z systemem stosowanym przez Oferenta po zatwierdzeniu przez Zamawiającego). Całość oświetlenia musi posiadać wzmocnione pryzmaty chroniące przez zniszczeniem podczas prowadzenia odśnieżania lub czyszczenia nawierzchni..".

Dowód:/ Załącznik nr 9 do SWZ dla Postępowania (w aktach postępowania).

6. W toku postępowania wpłynęły wnioski o wyjaśnienie treści SWZ, na które Zamawiający udzielił stosownych odpowiedzi. Pytania dotyczyły między innymi zapisów wskazanych w pkt 4 i 5 niniejszego pisma. W kontekście postępowania odwoławczego i sformułowanych w odwołaniu zarzutów istotnym jest także, że w ramach wspomnianych wyjaśnień zadano następujące pytanie: „Czy zamawiający wymaga dostarczenia wszystkich opraw zagłębionych oświetlenia nawigacyjnego ze wzmocnionymi pryzmatami (szafirowymi nakładkami)", na które Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi/ „Zamawiający wymaga dostarczenia wszystkich opraw zagłębionych znajdujących się na PRN ze wzmocnionymi pryzmatami" (pytanie i odpowiedź nr 4 opublikowane w ramach pisma z dnia 14 września 2023 r.).

Dowód: pismo (pismo nr 1) Zamawiającego dotyczące pytań zadawanych w ramach postępowania i odpowiedzi na wspomniane pytania z dnia 14.09.2023 r. (w aktach postępowania).

7. W ramach ww. pytań zadano również pytanie w brzmieniu: „W projekcie koncepcyjnym wskazuje się „preferencję" do stosowania opraw 12" na drodze startowej. Producenci standardowo proponują dla strefy przyziemia i osi drogi startowej oprawy 8". Mając na uwadze ograniczony budżet Zamawiającego prosimy o informację czy Zamawiający dopuszcza dla tych dwóch grup świateł oprawy 8"', na które Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający oczekuje zastosowania opraw 12" na drodze startowej" (pytanie i odpowiedź nr 1 opublikowane w ramach pisma z dnia 14 września 2023 r.).

Dowód: pismo (pismo nr 2) Zamawiającego dotyczące pytań zadawanych w ramach postępowania i odpowiedzi na wspomniane pytania z dnia 14.09.2023 r. (w aktach postępowania).

8. Termin składania ofert w Postępowaniu określono na dzień 27 września 2023 r. na godzinę 8:00, zaś termin otwarcia ofert na ten sam dzień na godzinę 8:30.

Dowód: SWZ dla Postępowania (w aktach postępowania).

9. W terminie składania ofert wpłynęły następujące oferty:

Nr oferty Nazwa (firma) i adres Wykonawcy Cena. brutto

- 1 Konsorcjum Finn w składzie: Przedsiębiorstwo AGAT S.A. - Lider Konsorcjum

95-040 Koluszki, ul. Paderewskiego 1 oraz ADB SAFEGATE Germany GmbH, Konrad-Zuse-Ring 6, 68163 Mannheim-Partner Konsorcjum 11.698.933,44 EUR

- 2 HELI FACTOR SP. Z O.O. UL. LEKTYKARSKA 4A 01-687 WARSZAWA 12.050.310,00 EUR

- 3 Elektrotim SA ul. Stargardzka 8 51-156 Wrocław 11.550.430,56 EUR

Dowód: informacja z otwarcia ofert z dnia 27.09.2023 r. (w aktach postępowania).

10. Firma ELEKTROTIM S.A. („Wykonawca"] w ramach swojej oferty złożyła z własnej inicjatywy załącznik nr 5

- Opis systemu (dokument nie był wymagany przez

Zamawiającego], w ramach którego przedstawiła szereg informacji mających prawdopodobnie charakteryzować oferowany system oświetlenia nawigacyjnego.

Dowód: strona nr 38 oferty firmy ELEKTROTIM S.A. (w aktach postępowania).

11. Pismem z dnia 4 października 2023 r., na podstawie art. 223 ust. 1 PZP, Zamawiający wezwał Wykonawcę do potwierdzenia, że w ramach realizacji przedmiotu zamówienia na „Wykonanie systemu świetlnych pomocy nawigacyjnych CATII na Lotnisku Szczecin-Goleniów wraz z infrastrukturą towarzyszącą - II postępowanie” dostarczy Zamawiającemu system będący przedmiotem zamówienia zgodny z parametrami określonymi w fakultatywnie załączonym do oferty Wykonawcy, jako załącznik nr 5, Opiszem systemu. W ramach odpowiedzi Wykonawca pismem z dnia 6 października 2023 r. oświadczył co następuje: „ W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, pragniemy poinformować, że wraz z ofertą Zamawiającemu przedstawiono opis systemu, stanowiący ogólną prezentację rozwiązań przyjętych podczas sporządzania oferty, jako wskazanie między innymi zastosowania innych producentów niż wskazani w PFU oraz PK, którzy to producenci spełniają wymogi postawione przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej. Oznacza to, że Wykonawca dostarczy system zgodny z dokumentacją przetargową przy przyjęciu urządzeń producentów innych niż wskazani przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej, na stronach 10-13 PK. Dołączony do oferty Opis Systemu zawiera informacje na temat rozwiązań przyjętych w wycenie oraz wskazuje przewagi wybranych elementów takich jak np. wysokość wystawiania ponad nawierzchnię opraw 8", stosowanych na drogach kołowania czy prawidłowość działania systemu nawet przy bardzo niskich poziomach rezystancji. Wszelkie oferowane elementy systemu świetlnych pomocy nawigacyjnych zawarte w ofercie Elektrotim S.A spełniają wymogi Zamawiającego co do jakości i cech eksploatacyjnych, takich jak parametry prądowe czy wymiary geometryczne (jak np. średnice opraw 8" dla Drog Kołowania i 12" dla Drogi Startowej, czy wysokość wystawiania ponad nawierzchnię) zawarte w SWZ, PFU i PK. Opis systemu, stanowi deklarację wycenionego rozwiązania, pochodzącego od Producentów innych niż wskazani w PFU i PK i potwierdzenie, że wszystkie jego elementy posiadają parametry zgodne z wymaganiami lub lepsze niż wyszczególnione w dokumentacji przetargowej”.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 04.10.2023 r. stanowiące wezwanie firmy ELEKTROTIM S.A. do wyjaśnień i odpowiedź Wykonawcy z dnia 06.10.2023 r. (w aktach postępowania)

12. W związku z powstałymi wątpliwościami Zamawiającego co do znaczenia treści opisu systemu (załącznik nr 5 do oferty Wykonawcy - strona 38 oferty), a także co do znaczenia treści wyjaśnień Wykonawcy z dnia 6 października 2023 r. w kontekście oferowanych przez niego produktów i rozwiązań, Zamawiający pismem z dnia 9 października 2023 r. na podstawie art. 223 ust. 1 PZP wezwał przedmiotowego Wykonawcę do jednoznacznego udzielenia odpowiedzi na następujące pytania (poprzez udzielenie odpowiedzi: TAK lub NIE):

1) Czy Wykonawca zastosuje światła zagłębione na Drodze startowej w rozmiarze 12

cali?

2) Czy Wykonawca zastosuje w światłach zagłębionych znajdujących się w PRN z

wzmocnionymi pryzmatami?

3) Czy Wykonawca potwierdza wykonanie systemu świetlnych pomocy nawigacyjnych

CAT II wraz z infrastrukturą towarzyszącą zgodnie z wymaganiami SWZ i PFU?

W ramach odpowiedzi z dnia 11 października 2023 r. firma ELEKTROTIM S. A. jednoznacznie odpowiedziała twierdząco na wszystkie postawione wyżej pytania.

Dowody: pismo Zamawiającego z dnia 09.10.2023 r. stanowiące wezwanie firmy

ELEKTROTIM S.A. do wyjaśnień i odpowiedź Wykonawcy z dnia 11.10.2023 r. (w aktach postępowania)

13. W kontekście powyższego Zamawiający uznał wszelkie wątpliwości dotyczące oferty Wykonawcy dotyczące oferowanych przez niego produktów i rozwiązań za wyjaśnione. W następstwie tego wezwał Wykonawcę do złożenia stosownych podmiotowych środków dowodowych. Po otrzymaniu stosownych dokumentów zweryfikował je pozytywnie, w konsekwencji czego dnia 28 grudnia 2023 r. wybrał ofertę Wykonawcy jako najkorzystniejszą w Postępowaniu.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 13.10.2023 r. i z dnia 30.10.2023 r. stanowiące wezwania firmy ELEKTROTIM S.A do złożenia podmiotowych środków dowodowych i zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 28.12.2023 r. (w aktach postępowania)

14. Z dokonany wybór nie zgodził się Odwołujący i dnia 8 stycznia 2024 r. Odwołujący wniósł Odwołanie w ramach którego zarzuca Zamawiającemu:

(1) naruszenie art 239 ust. 1 PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, w sytuacji gdy oferta ta powinna zostać odrzucona,

(2) naruszenie art. 223 ust 1 PZP poprzez prowadzenie z Wykonawcą negocjacji treści oferty i dopuszczenie w ich konsekwencji do jej zmiany,

(3) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo, że jej treść pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia.

15. Ww. zarzuty zostały skorelowane z następującymi wnioskami:

(1) merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie Odwołania;

(2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na

okoliczności wskazane w odwołaniu;

(3) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą

mającą wpływ na wynik Postępowania;

(4) odrzucenie oferty Wykonawcy w związku z wystąpieniem wyżej wskazanych podstaw odrzucenia;

(5) dokonanie ponownej oceny i badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;

16. Pismem z dnia 12 stycznia 2024 r. Wykonawca na podstawie art. 525 ust. 1 PZP

przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnioskując o oddalenie odwołania w całości.

Dowód: pismo firmy ELEKTROTIMS. A., stanowiące przystąpienie do postępowania

odwoławczego po stronie Zamawiającego z dnia 12.01.2024 r. (w aktach postępowania).

17. Zamawiający nie podziela stanowiska Odwołującego odnośnie naruszenia

wskazanych w Odwołaniu przepisów PZP, z opisanych poniżej przyczyn.

## II. UZASADNIENIE PRAWNE

### A. DOT. ZARZUTU NARUSZENIA ART. 226 UST. 1 PKT 5 PZP

18. Zamawiający na wstępie przyznaje, że w ramach przedmiotu zamówienia wykluczył

możliwość zamontowania w ramach drogi startowej opraw 8", wskazując jednocześnie, że oczekuje w ramach drogi startowej montażu opraw 12", co jak wspomniał Odwołujący zostało wyrażone w SWZ i potwierdzone w ramach opisanej wyżej procedury wyjaśniającej. Podobnie Zamawiający przyznaje, że wymagał by oprawy zagłębione montowane w ramach dróg kołowania posiadały wzmocnione pryzmaty chroniące przed mechanicznym czyszczeniem i odśnieżaniem nawierzchni (pkt 2.2.2.5 PFU i pkt 2.2.2.7 PFU).

19. Zamawiający zaznacza również, że meritem niniejszej sprawy tkwi w niejasności i chaotycznym charakterze treści załącznika nr 5 do oferty Wykonawcy, pn. „Opis systemu”, który to załącznik został złożony wyłącznie z inicjatywy Wykonawcy. Zamawiający nie wymagał złożenia jakichkolwiek dokumentów odnoszących się do opisu oferowanych produktów i rozwiązań, a mimo to Wykonawca zdecydował się załączyć do oferty dokument zatytułowany „Opis systemu”.

20. W ramach wspomnianego Opisu systemu, Wykonawca w sposób ogólny, pobieżny, wybiórczy i w sposób często nie powiązany ze sobą wzajemnie opisał, co między innymi oferuje w ramach systemu oświetlenia nawigacyjnego, wskazując pokrótce na zalety oferowanych rozwiązań. Wspomniany opis mieści się na zaledwie 1 stronie, co świadczy o jego ogólności i wybiórczości, gdyż nie sposób na 1 stronie zawrzeć kompleksowego opisu systemu, który w ramach PFU opisany został na 24 stronach tekstu. Dokument zawierał wiele różnych informacji dotyczących oferowanych elementów systemu oświetlenia nawigacyjnego. W szczególności istotną treścią wspomnianego opisu, w kontekście niniejszej sprawy, był ostatni akapit dokumentu, składający się z 3 zdań o brzmieniu:

„Oferowane oprawy producenta HDK są wyposażone w wymagane moduły fail-open, a zagłębione oprawy są wyposażone we wzmocnione pryzmaty, zagłębione oprawy krawędzi dróg kołowania w konstrukcję chroniącą pryzmat przed uszkodzeniem mechanicznym powstałym na skutek odśnieżania (od szczotek lub lemieszki pługów). Oferowane zagłębione oprawy 8" o wysokości wystawiania 3,5 mm są znacznie niższe od wymagań z dokumentacji przetargowej, co jest bardzo istotne od strony utrzymania zimowego ze względu na mniejsze uszkodzenia opraw przez pługi w trakcie odśnieżania. Wszystkie świetlne pomoce nawigacyjne oferowane w ramach przedmiotowego zadania są urządzeniami wyposażonymi w źródła światła LED.”

Dowód: Załącznik nr 5 do oferty Wykonawcy (w aktach postępowania);

Wspomniane powyżej cytaty i jego interpretacja są kluczowe w niniejszej sprawie.

21. Odwołujący podnosi, że Zamawiający powinien odrzucić ofertę Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP z tego względu, że zdaniem Odwołującego, wskazany powyżej cytat z załącznika nr 5 do oferty wskazuje na niezgodność treści oferty Wykonawcy z warunkami zamówienia. W ocenie Zamawiającego oświadczenie Wykonawcy było jednak zgodne z warunkami zamówienia, mimo że napisane w sposób chaotyczny i mogący budzić wątpliwości, dlatego też Zamawiający z ostrożności i zapobiegliwości zdecydował się skorzystać z instytucji przewidzianej w art. 223 ust. 1 PZP umożliwiającej wyjaśnienie treści złożonego wraz z ofertą dokumentu zwracając się do Wykonawcy o potwierdzenie zgodności informacji podanych w Opisie systemu z warunkami zamówienia.

22. Istota powyższego zarzutu oparta jest o własną interpretację Odwołującego poczynioną na potrzeby Odwołania, zgodnie z którą z Opisu systemu zaoferowanego w przetargu przez Wykonawcę wynika, że zaoferował on jednolitą wielkość opraw zagłębionych tj. 8" producenta HDK w ramach zarówno dróg kołowania jak i drogi startowej. Zaoferowanie zaś opraw zagłębionych na drodze startowej w rozmiarze 8" stanowi bezwzględnie niezgodność z wymaganiami SWZ, a zatem jest podstawą odrzucenia oferty (vide pkt 4 i 5 Odpowiedzi na odwołanie).

23. Główny zarzut Odwołującego opiera się o założenie, że ostatnie zdanie czwartego akapitu Opisu systemu:

„Wszystkie świetlne pomoce nawigacyjne oferowane w ramach przedmiotowego zadania są urządzeniami wyposażonymi w źródła światła LED.”,

odnosi się do wszystkich świetlnych pomocy nawigacyjnych oferowanych w ramach zadania, a więc Wykonawca nie różnicował w ww. akapicie opraw na te, które dotyczą drogi startowej i na te które dotyczą dróg kołowania, bo jeśli by tak było, to Wykonawca zastosowałby wyraźne rozróżnienie, a skoro tego nie zrobił, to oświadczenie Wykonawcy o oprawach 8 calowych odnosi się zarówno do dróg kołowania jak i drogi startowej.

24. Odwołujący twierdzi bowiem, że Wykonawca: „rozdzielił w treści oferty oprawy zagłębione wyposażone we wzmocnione pryzmaty (jak ma wynikać ze złożonego oświadczenia wszystkie oprawy zagłębione bez rozróżnienia na drogi kołowania i drogę startową) oraz wyszczególnił w ich ramach jako podzbiór „zagłębione oprawy krawędzi dróg kołowania”, które są dodatkowo wyposażone w konstrukcję chroniącą pryzmat przed uszkodzeniem mechanicznym powstałym na skutek odśnieżania”.

25. W ocenie Zamawiającego nie można uznać, że choć literalne brzmienie spornego fragmentu tekstu nie odnosi się do drogi startowej, to jednak Wykonawca miał na myśli także drogę startową. Zdaniem Zamawiającego założenie Odwołującego jest wyrazem nieuzasadnionej nadinterpretacji.

26. Ponadto zdaniem Odwołującego oświadczenie Wykonawcy o treści: „Oferowane zagłębione oprawy 8" o wysokości wystawiania 3,5 mm są znacznie niższe od wymagań z dokumentacji przetargowej, co jest bardzo istotne od strony utrzymania zimowego ze względu na mniejsze uszkodzenia opraw przez plugi w trakcie odśnieżania. Wszystkie świetlne pomoce nawigacyjne oferowane w ramach przedmiotowego zadania są urządzeniami wyposażonymi w źródła światła LED.” stanowi, że Wykonawca opisując zalety oferowanych opraw 8" ma na myśli zarówno oprawy dotyczące dróg kołowania (gdzie wymagano w PFU zastosowania opraw 8") jak i oprawy dotyczące drogi startowej (gdzie wymagano w PFU zastosowania opraw 12").

27. Zdaniem Zamawiającego powyższe twierdzenia są bezpodstawne - w odniesieniu do twierdzeń odnośnie opraw zagłębionych 8" należy wskazać, że treść czwartego akapitu Opisu systemu w żaden sposób nie wskazuje, na rozróżnienie wielkości opraw dotyczących dróg kołowania i drogi startowej, przeciwnie poprzez wskazanie na oprawy 8" wskazano na oprawy dotyczące wyłącznie dróg kołowania.

28. Wykonawca w ramach opraw zagłębionych w pierwszym zdaniu czwartego akapitu wskazał, że: „(...) zagłębione oprawy są wyposażone we wzmocnione pryzmaty, zagłębione oprawy krawędzi dróg kołowania w konstrukcję chroniącą pryzmat przed uszkodzeniem mechanicznym powstałym na skutek odśnieżania...” ale nie wyróżnił, wbrew opinii Odwołującego, żadnego podzbioru krawędzi dróg kołowania, bowiem po prostu wskazał, które oprawy zagłębione ma jednoznacznie w danym przypadku na myśli, czyli oprawy dróg kołowania. Ponadto Wykonawca w zdaniu tym jednocześnie nie wskazywał rozmiaru opraw, które miałby oferować w ramach poszczególnych opraw zagłębionych.

29. Odwołujący uważa również, że Wykonawca poprzez twierdzenie: „Oferowane zagłębione oprawy 8" o wysokości wystawiania 3,5 mm są znacznie niższe od wymagań z dokumentacji przetargowej, co jest bardzo istotne od strony utrzymania zimowego ze względu na mniejsze uszkodzenia opraw przez plugi w trakcie odśnieżania.” wskazuje na wszystkie oferowane oprawy 8". Wbrew stanowisku Odwołującego twierdzenie to nie ogranicza się do określonego (konkretnego) miejsca położenia opraw, ale wszystkich oferowanych opraw, które mają jednolity rozmiar 8". Zamawiający uważa jednak, że ww. twierdzenie tyczy się wszystkich oferowanych opraw 8", ale nieuprawnione jest przyjęcie, że Wykonawca mówiąc o oprawach 8" calowych, w tym o ich zaletach ma na myśli także oprawy mające być zamontowane w ramach drogi startowej czyli 12". Twierdzenie to, jak wykazywano w pkt 27 jest bezpodstawne, gdyż tekst czwartego akapitu w ogóle nie odnosi się do opraw 12".

30. Zamawiający uważa zatem, że stanowisko Odwołującego w ww. zakresie jest bezpodstawne i w żaden sposób nie wynika z przytoczonego wyżej oświadczenia Wykonawcy, a interpretacja Odwołującego wyrażona w zarzutach odwołania jest poczyniona wyłącznie na potrzeby uzasadnienia zajętego w odwołaniu stanowiska.

31. Należy wyraźnie zaznaczyć, co wskazywano już powyżej, że „Opis systemu” nie jest kompleksowym opisem

systemu oświetlenia nawigacyjnego, lecz jest opisem wybiórczym i zawiera bardzo niewiele danych w stosunku do informacji, które miały by stanowić pełny opis systemu. Jak wspomniano „Opis systemu” to zaledwie 1 strona, zaś PFU opisuje system oświetlenia nawigacyjnego na 24 stronach. Ponadto w ramach załącznika nr 5 do oferty Wykonawcy opis kwestii związanych z oprawami oświetleniowymi zajął Wykonawcy 1 akapit (3 zdania]. Podczas gdy opis tych kwestii w PFU zajmuje niemal 5 stron. Nie sposób więc uznać, że wskazany w fakultatywnym załączniku do oferty opis kwestii opraw oświetleniowych jest pełny i kompleksowy. Wręcz przeciwnie, jest to opis, który nie pozwala w żaden sposób nawet domniemywać, że Wykonawca mówiąc o oprawach zagłębionych w rozmiarze 8” ma na myśli zarówno oprawy dotyczące dróg kołowania jak i oprawy dotyczące drogi startowej, w szczególności że Wykonawca w tym kontekście nigdzie nie precyzuje, że mowa jest o oprawach dotyczących czy to drogi startowej czy to dróg kołowania. Wykonawca wskazując z kolei oprawy zagłębione 8” wymusza domniemanie, że Wykonawca ma na myśli oprawy dotyczące dróg kołowania, gdyż tylko w ramach owych dróg kołowania Zamawiający wymagał by oprawy miały wielkość 8”. Zamawiający przy braku jakiegokolwiek wskazania w Opisie systemu na elementy wyłączne dla opraw dotyczących drogi startowej nie widzi podstawy do twierdzenia, że wykonawca oferuje oprawy 8” drogi startowej, gdzie przecież jednoznacznie wymagano opraw 12”.

32. Określenie zawarte w trzecim zdaniu spornego akapitu w brzmieniu: „Wszystkie świetlne pomoce nawigacyjne oferowane w ramach przedmiotowego zadania są urządzeniami wyposażonymi w źródła światła LED.” wbrew temu co twierdzi Odwołujący, nie wskazuje na to, że Wykonawca w ramach akapitu czwartego odnosi się zarówno i wyłącznie do opraw dotyczących drogi kołowania i drogi startowej. Zdaniem Zamawiającego określenie „Wszystkie świetlne pomoce nawigacyjne...” ma zaznaczyć, że Wykonawca w ramach tego zdania mówi ogólnie o wszystkich pomocach nawigacyjnych, a zatem inaczej niż wskazywał wcześniej i co istotne nie tyczy się to tylko opraw zagłębionych dróg kołowania czy drogi startowej, ale też innych opraw, jak choćby opraw „PAPI”, które również mają posiadać źródła światła LED. Zdaniem Zamawiającego jest to całkowicie osobne twierdzenie dotyczące wszystkich pomocy nawigacyjnych (w tym także nie zagłębionych) i w żaden sposób nie wskazuje, że Wykonawca miał na myśli, mówiąc o światłach zagłębionych, jednocześnie oprawy dotyczące dróg kołowania jak i dotyczące drogi startowej, co z resztą potwierdza niedokładny charakter dokumentu.

33. Ostatecznie zaś należy stwierdzić, że załącznik nr 5 do oferty tj. Opis Systemu należy interpretować łącznie z odpowiedzią Wykonawcy z dnia 6 października 2023 r., zgodnie z którą Wykonawca potwierdził, że wykona system oświetlenia nawigacyjnego zgodnie z dokumentacją przetargową i wskazał, że wszelkie oferowane elementy systemu świetlnych pomocy nawigacyjnych zawarte w ofercie Wykonawcy spełniają wymogi Zamawiającego co do jakości i cech eksploatacyjnych w tym średnice opraw dla dróg kołowania (8”) i dla drogi startowej (12”).

34. Odnośnie zarzutu Odwołującego, co do zaofiarowania w światłach zagłębionych znajdujących się w Polach Ruchu Naziemnego (PRN) niewzmocnionych pryzmatów, a w kontekście tego twierdzenia Odwołującego, że wskazywany przez firmę ELEKTROTIM S. A. producent lamp firma HDK (pełna nazwa: Hangdakang Mechanical & Electrical Technology Co., Ltd.) nie posiada w swojej ofercie w odniesieniu do światła zagłębionych znajdujących się w PRN innych lamp niż wskazany przez Odwołującego model Taxiway Edge Light(inset) model ILC-TWE(L) - Zamawiający pragnie zaznaczyć, że nie jest to prawda, gdyż producent HDK ten na tej samej stronie, którą wskazuje Odwołujący oferuje lampę Taxiway Center Line Light (inset) model ILA-TCLS (L) ( ), która również jest lampą pół ruchu naziemnego i ponadto dróg kołowania. Wskazana przez Odwołującego lampka to osłona oświetlająca krawędzie dróg kołowania, wskazana wyżej lampka przez Zamawiającego to z kolei lampka linii środkowej drogi kołowania. Obie wskazane lampki należą do oświetlenia dotyczącego dróg kołowania i Pół Ruchu Naziemnego. Rozmieszczenie danych opraw na lotnisku obrazuje Rysunek 1.

Dowód: Karta katalogowa firmy HDK lampy linii środkowej drogi kołowania 8" (załącznik nr 2 do).

Droga startowa wraz z właściwym dla niej oświetleniem

Lampy linii środkowej drogi kołowania

Lampy krawędzi drogi kołowania

Drogi kołowania wraz z właściwym dla nich oświetleniem

Rysunek 1 - Wizualizacja oświetlenia lotniska wraz z opisem

35. W kontekście wspomnianego wyżej zarzutu Zamawiający przyznaje, że Wykonawca poprzez zdanie w „Opisie systemu” w brzmieniu: „Oferowane oprawy producenta HDK są wyposażone w wymagane moduły fail-open, a zagłębione oprawy są wyposażone we wzmacnione pryzmaty, zagłębione oprawy krawędzi dróg kołowania w konstrukcję chroniącą pryzmat przed uszkodzeniem mechanicznym powstałym na skutek odśnieżania (od szczytów lub lemieszów plugów).” wprowadził rozróżnienie wskazując, że oprawy zagłębione są wyposażone ze wzmacnione pryzmaty, zaś zagłębione oprawy krawędzi dróg kołowania są wyposażone w konstrukcję chroniącą pryzmat przed uszkodzeniem mechanicznym powstałym na skutek odśnieżania.

36. Prawdą jest również, że na stronie producenta lamp (firmy HDK) nie oferuje się opraw lamp krawędzi drogi kołowania innych niż wskazany przez Odwołującego model Taxiway Edge Light(inset) model ILC-TWE(L). Zdaniem jednak Zamawiającego określenie „konstrukcja chroniąca pryzmat przed uszkodzeniem mechanicznym powstałym na skutek odśnieżania” spełnia wymagania dla określenia „wzmocnione pryzmaty” i nie wskazuje to na wzajemną sprzeczność. Zamawiający zgadza się jednak, że przyjęta przez Wykonawcę konstrukcja wypowiedzi może budzić wątpliwości interpretacyjne, a mianowicie wątpliwość czy cecha określona jako „konstrukcja

chroniącą pryzmat przed uszkodzeniem mechanicznym powstałym na skutek odśnieżania" wyklucza spełnienie warunku, w ramach którego wszystkie oprawy zagłębione miały być wyposażone we wzmocnione pryzmaty. Kwestia ta była przedmiotem postępowania wyjaśniającego, w ramach którego Wykonawca jednoznacznie potwierdził, że zastosuje w światłach zagłębionych znajdujących się w PRN wzmocnione pryzmaty.

37. Zamawiający pragnie zaznaczyć, że stawiając wymóg, że całość oświetlenia ma posiadać wzmocnione pryzmaty chroniące przez zniszczeniem podczas prowadzenia odśnieżania lub czyszczenia nawierzchni, ani literalnie ani intencjonalnie, w żaden sposób nie wskazał na technologię, która ma stanowić o spełnieniu warunku wzmocnienia pryzmatów. Zamawiający wskazał za to literalnie, co było też jego intencją na efekt jaki jest istotny w kontekście wzmocnienia pryzmatów, jakim jest uzyskanie ochrony pryzmatów przed zniszczeniem podczas odśnieżania lub czyszczenia nawierzchni.

38. Ponadto Zamawiający podnosi, że nie ma ogólnie przyjętej definicji wzmocnionych pryzmatów, zatem nie można, jak twierdzi Odwołujący, utożsamiać tego pojęcia tylko z jednym rozwiązaniem technologicznym, na które wskazuje Odwołujący.

39. Zamawiający podważa również wyłączną kompetencję Odwołującego do potwierdzania, że nie jest dostępna technologia, która pozwala na wzmocnienie pryzmatów w inny sposób niż w technologii wskazanej przez Odwołującego.

40. Zamawiający zaznacza również, że nie jest prawdą, jak twierdzi Odwołujący, że karta katalogowa firmy HDK wyraźnie wskazuje, że opcja wzmocnienia pryzmatów dla opraw zagłębionych nie jest dostępna, gdyż w załączonej przez Odwołującego karcie po prostu nie ma o tym żadnej informacji, co więcej żadne oprawy w ofercie producenta HDK (według kart katalogowych), nawet te które uchodzą w opinii Odwołującego za wzmocnione nie są opisane jako „wzmocnione”. Brak informacji o wzmocnionych pryzmatach w karcie katalogowej producenta HDK nie przesądza zatem o tym, czy dany pryzmat będzie wzmocniony czy nie.

41. Niezależnie od powyższego, zdaniem Zamawiającego, możliwym jest, by efekt wzmocnienia pryzmatu uzyskać w inny sposób, niż przez dostawę gotowej wzmocnionej oprawy przez producenta, np. poprzez nałożenie nakładki z materiału, który zapewni wytrzymałość mechaniczną i jednocześnie nie zakłóci przepływu światła przez pryzmat, gdyż dla Zamawiającego ważny jest efekt wzmocnienia pryzmatu, jakim jest uzyskanie efektu ochrony pryzmatów przed zniszczeniem podczas odśnieżania lub czyszczenia nawierzchni, co zostało jasno wyrażono w warunkach zamówienia.

42. Reasumując Zamawiający nie widzi podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy, w szczególności na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 PZP w związku z niezgodnością treści jego oferty z warunkami zamówienia.

#### B. DOT. ZARZUTU NARUSZENIA ART. 223 UST. 1 PZP

43. Odnośnie zarzutu dotyczącego domniemyanych negocjacji oraz w dalszej kolejności zmiany treści oferty Wykonawcy, Zamawiający uważa postawione zarzuty za bezpodstawne. Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu domniemyanych negocjacji, w opinii Zamawiającego, nie sposób uznać, że zapytanie z dnia 04 października 2023 r. w ramach którego Zamawiający wnosił o potwierdzenie, że Wykonawca w ramach realizacji zamówienia dostarczy system oświetlenia nawigacyjnego zgodny z Załącznikiem nr 5 do oferty jest choćby próbą jakiegokolwiek negocjacji. Wspomniane wezwanie był niczym innym jak tylko prośbą o potwierdzeniem istniejącego już w ramach złożonej oferty stanu rzeczy i w żaden sposób nie sugerował on zmiany zakresu deklarowanej przez Wykonawcę oferty.

44. W wyniku otrzymanej odpowiedzi Wykonawca potwierdził, że wykona system oświetlenia nawigacyjnego zgodnie z dokumentacją przetargową. W przekazanej informacji wskazał dodatkowo na średnice opraw dla dróg kołowania (8") i dla drogi startowej (12"), co częściowo potwierdzało wybiórcze informacje o oferowanym systemie pomocy nawigacyjnych. Informacje te nie były również sprzeczne z wymogami Zamawiającego, co więcej były potwierdzeniem, że Wykonawcy w ramach wcześniejszego Opisu systemu w żaden sposób nie chodziło o oprawy dotyczące drogi startowej tylko o oprawy dotyczące dróg kołowania.

45. Zamawiający poddaje również w wątpliwość tezę Odwołującego jakoby Wykonawca w sposób zamierzony informował o zaletach oferowanych opraw 8" licząc, iż bez przeszkód je zamontuje w ramach ewentualnie uzyskanego zamówienia w ramach drogi startowej i dzięki temu w sposób nieuprawniony obniży wartość oferty, gdyż po pierwsze Zamawiający nie pozwoliłby nigdy na taki montaż jako ewidentnie niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia i z warunkami zamówienia, a po drugie Wykonawca, co materializuje się w postaci niniejszego Odwołania, narażałby się na odrzucenie oferty w wyniku szeroko pojętej kontroli postępowania w ramach choćby zarzutu na niezgodność oferty z warunkami zamówienia. W związku z powyższym tego typu zamierzone postępowanie wydaje się nadto ryzykowne, a przez to z założenia nieprawdopodobne.

46. Zamawiający oceniając treść zarówno załącznika nr 5 do oferty (Opis systemu), jak i wyjaśnień Wykonawcy nie zakładał złej woli Wykonawcy i nie przesądzał także o motywach przekazywania takich a nie innych informacji. Zamawiający podkreśla ponownie jednak, że Wykonawca nie miał obowiązku przedkładania „Opisu systemu”.

47. Zamawiający podkreśla także, że przekazane w Opisie systemu wybiórcze informacje na temat oferowanego systemu nie były rozbieżne z warunkami zamówienia, choć co przyznaje Zamawiający momentami mogły budzić wątpliwości interpretacyjne, jak choćby wspomniana wyżej kwestia wzmocnionych pryzmatów, w ramach której można było podjąć wątpliwość czy oby na pewno pojęcie „konstrukcja chroniąca pryzmat przed uszkodzeniem

mechanicznym powstałym na skutek odśnieżania” zawiera się w pojęciu „wzmocnione pryzmaty”. Zdaniem Zamawiającego wyjaśnieniu tego typu wątpliwości ma służyć instytucja określona w art. 223 ust. 1 PZP.

48. Zgodnie z powyższym założeniem z daleko idącej ostrożności Zamawiający w ramach wezwania do wyjaśnień z dnia 9 października 2023 r. zadał Wykonawcy pytania mające stanowić jednoznaczne potwierdzenie tego, że pewne momentami nieostre sformułowania użyte przez Wykonawcę na pewno są zgodne z warunkami zamówienia. Treść pytań w żaden sposób nie stanowiła negocjacji warunków zamówienia, czy obniżenia sformułowanych warunków. Uzyskana odpowiedź miała jedynie potwierdzić domniemanie Zamawiającego kontekście zgodności oferty Wykonawcy z warunkami zamówienia. Co więcej uzyskanie odpowiedzi negatywnej wcale nie musiało prowadzić do automatycznego odrzucenia oferty, lecz do dalszego badania intencji Wykonawcy, co do treści wypowiedzi.

49. Odnośnie twierdzenia Odwołującego, że treść oferty Wykonawcy w ogóle nie przewiduje zastosowania opraw o rozmiarze 12” należy uznać za nieprawdziwe i nie znajdujące odzwierciedlenia w stanie faktycznym. Wykonawca w ramach oferty potwierdził, że wykona zamówienie w sposób zgodny z warunkami zamówienia. Fakt, że pewne elementy systemu doprecyzował w sposób szczególny w „Opisie systemu” nie należy rozumieć jakoby wspomniany opis stanowił informację kompleksową i pełną na temat oferowanego systemu. Jak już wspomniano owy opis mieści się na zaledwie 1 stronie i w sposób oczywisty zawiera tylko pewne wybiórcze informacje o systemie, które w żaden sposób nie można uznać za pełne, co sugeruje Odwołujący, a z których to informacji Odwołujący próbuje wywieść na potrzeby postępowania odwoławczego niezgodność oferty Wykonawcy z warunkami zamówienia. Mając powyższe na uwadze ww. zarzut jest także niezasadny.

C.

#### DOT. ZARZUTU NARUSZENIA ART. 239 UST. 1 PZP

50. W kontekście powyższego należy stwierdzić, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zaistniały podstawy do odrzucenia oferty Wykonawcy. Wobec powyższego i w związku z bezpodstawnymi zarzutami Odwołującego dotyczącymi naruszenia art. 223 ust. 1 PZP (poprzez prowadzenie z Wykonawcą ELEKTROTIM S. A. negocjacji treści oferty, co miało doprowadzić do dopuszczenia zmiany tejże treści), a także zarzutów dotyczących naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP (poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ELEKTROTIM S. A. z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia) zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ELEKTROTIM S. A., w sytuacji gdy oferta ta powinna zostać odrzucona jest bezpodstawny i nie zasługuje na uwzględnienie.

51. Wobec bezzasadności wszystkich pozostałych zarzutów i z uwagi na wynikowy charakter zarzutu naruszenia art 239 ust. 1 PZP, także ten zarzut jest bezzasadny.

#### ŻĄDANIE ZAMAWIAJĄCEGO:

Mając na uwadze przedstawione okoliczności Zamawiający wnosi jak w petitum niniejszej odpowiedzi na Odwołanie.

Załącznik:

2. Karta katalogowa firmy HDK lampy linii środkowej drogi kołowania 8” wraz z

tłumaczeniem (załącznik nr 3]

Stanowisko Przystępujący

Wrocław, 26 stycznia 2024r.

L.dz. PW/2024/00181 Sygn. akt KIO 91/24

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego nr: 02/CEF/2023 pn: „Wykonanie systemu świetlnych pomocy nawigacyjnych CAT II na Lotnisku Szczecin-Goleniów wraz z infrastrukturą towarzyszącą - II postępowanie”; Numer Projektu: 101079560. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o przetargu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2023/S 163-511960 z dnia 25.08.2023 r.

Pismo przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

Biorąc pod uwagę odwołanie stwierdzić należy co następuje:

W pierwszej kolejności składam wniosek formalny o odrzucenie odwołania jako spóźnionego. Przystępujący wskazuje, że odwołanie mogło zostać złożone na etapie znacznie wcześniejszym, ponieważ Odwołujący dysponował wiedzą co do wszystkich zarzutów wskazanych w odwołaniu najpóźniej w dniu 28 listopada 2023r. W związku z tym naruszony został art. 515 ust. 1 pkt 1 a) lub art. 515 ust. 3 pkt 1, a odwołanie podlega odrzuceniu w trybie art. 528 pkt 3 Ustawy z 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych, Dz. U. 2019 poz. 2019 (dalej „PZP”). W momencie powzięcia wiedzy o zarzutach wskazanych w odwołaniu, Odwołujący miał już interes do wniesienia odwołania i tego terminu nie dochował. Odwołujący informację dotyczącą nie spełniania warunków przez Przystępującego (według niego) przedstawił

Zamawiającemu w dniu 6 października 2023r. wskazując między innymi, że „opis systemu” (str. 38 oferty) stanowi według Odwołującego o niezgodności oferty z wymogami Zamawiającego. Na skutek pisma Odwołującego, Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające. W dniu 28 listopada 2023r. Odwołujący otrzymał wszystkie pisma, które zostały wysłane do Przystępującego oraz jego odpowiedzi, na które to powołuje się Odwołujący. Oznacza to, że Zamawiający w dniu 28 listopada 2023r. przekazał Odwołującemu wszystkie informacje stanowiące podstawę zarzutów zawartych w odwołaniu z dnia 8 stycznia 2024r. co oznacza, że mógł jednoznacznie podnieść wszystkie zarzuty do dnia 8 grudnia 2023r. a nie do 8 stycznia 2024r. jak uczynił. Odwołujący miał również wiedzę, że oferta Przystępującego jest najkorzystniejsza (najniższa cena) w związku z pismem Zamawiającego z dnia 27 września 2023r. co jednoznacznie wskazuje, że miał interes w złożeniu odwołania albowiem odrzucenie oferty Przystępującego mogłoby spowodować, że jego oferta będzie najkorzystniejsza. Oznacza to, że Odwołujący uchybił terminowi a odwołanie podlega odrzuceniu.

W razie nie odrzucenia odwołania, odnosząc się do zarzutów tam wskazanych wnoszę o oddalenie odwołania w całości i stwierdzam co następuje:

1. Odwołanie swoje zarzuty opiera tylko i wyłącznie na dokumencie pn. „opis systemu”, załączonego do oferty Przystępującego. Odwołujący zapomina o jednym bardzo istotnym fakcie, a mianowicie, że nie jest to jedyny dokument w ofercie a wyłącznie podkreślenie wiedzy Przystępującego i wykazanie, że jego oferta jest najkorzystniejsza, co jest spójne z pozostałymi oświadczeniami Przystępującego.
2. Wskazać zatem należy, że Przystępujący oświadczył w ofercie, że zobowiązuje się do zawarcia umowy zgodnej z ofertą tj. na warunkach określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”), co jednoznacznie implikuje spełnienie warunków w niniejszym

przetargu. Powyższe bezsprzecznie wykazuje, że w wykonanie przedmiotu umowy nastąpi zgodnie z SWZ wraz z załącznikami i nie występują tutaj jakiegokolwiek wątpliwości.

3. Pamiętać również należy, że w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z zamówieniem „zaprojektuj i wybuduj” co powoduje, że projekt będzie zatwierdzony przez Zamawiającego. Które to działanie wskaże ostateczny kształt systemów świetlnych pomocy nawigacyjnych CAT II na Lotnisku Szczecin-Goleniów wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Zgodnie z opisem zamówienia w SWZ część 3.1. Przedmiotem zamówienia (główny przedmiot zamówienia) jest dostawa zaprojektowanego przez Wykonawcę systemu świetlnych pomocy nawigacyjnych kategorii II (CAT II) na Lotnisko Szczecin-Goleniów wraz z infrastrukturą towarzyszącą.
4. Skoro Przystępujący złożył przedmiotowe oświadczenie to Odwołanie jest całkowicie bezzasadne albowiem opiera się na nadinterpretacji jednej kartki załączonej do oferty, który w oczywisty sposób stanowi propozycję rozwiązań, ale przy całkowitym utrzymaniu parametrów wymaganych przez Zamawiającego.
5. Zamawiający nie miał co do tego wątpliwości, dopiero po otrzymaniu pisma Odwołującego z dnia 6 października 2023r. i tylko w związku z jego zarzutami, zażądał od Przystępującego wyjaśnień. Wyjaśnienia Przystępującego były jednoznaczne, konsekwentne i potwierdzały, że przedmiot umowy zostanie wykonany zgodnie z wymogami SWZ, co ponadto zostało już wskazane w samej ofercie. W takiej sytuacji nie możemy mówić o jakiegokolwiek zmianie oferty czy też prowadzeniu negocjacji z Zamawiającym przez Przystępującego, a oświadczenia Przystępującego są spójne w tym zakresie.
6. Wskazać przy tym należy, że w odwołaniu implikowane są zarzuty, które w żaden sposób nie zostały udowodnione. Dodatkowo dokumenty są interpretowane w sposób całkowicie niezgodny z wykładnią logiczną, celowościową i literalną.
7. Przystępujący wskazał ewentualne rozwiązania, które może zastosować, nie kolidujące jednak w żadnym wypadku z SWZ a Odwołujący wybrał z opisu części zdań, próbując dopasować je w sposób nieumiejętny do swoich bezzasadnych zarzutów.

I tak „opis systemu” wskazuje tylko lepsze oprawy 8 calowe, jako wyposażone we wzmocnione pryzmaty krawędzi dróg kołowania, co jest dla Odwołującego rzekomym dowodem na to, że wszystkie oprawy będą 8 calowe. Stoi to jednak w sprzeczności z logiką i z całą ofertą Przystępującego. Przystępujący w żadnym miejscu nie oświadcza, że zastosuje tylko 8 calowe oprawy. A to, że wszystkie świetlne pomoce, oferowane w ramach przedmiotowego zadania, są urządzeniami wyposażonymi w źródła światła LED, oznacza w odwołaniu i argumentacji Odwołującego, że wszystkie oprawy będą 8 calowe co jest

całkowicie bezzasadne, nielogiczne a wręcz absurdalne. Takie zarzuty nie mogą być podstawą do odrzucenia najkorzystniejszej cenowo oferty.

8. Jednocześnie w odwołaniu (str. 7) w ust. III odwołania sam Odwołujący podnosi, że „opis systemu” stanowi integralną część oferty. Oznacza to, że oferta wzajemnie się uzupełnia z zapisami „opisu systemu”, które w żadnym aspekcie nie stoją w sprzeczności z treścią oferty, która potwierdza wykonanie zamówienia zgodnie z SWZ, wskazując na dodatkowe korzyści jakie uzyska Zamawiający wybierając tę ofertę. Na przykład poprzez zastosowanie do drogi kołowania opraw 8 cali o wysokości wystawiania 3,5 mm jako rozwiązanie korzystniejsze niż to wskazane w dokumentacji przetargowej lub to, że oferowany system ILCMS cechuje się istotnie wysoką funkcjonalnością tj. działa prawidłowo nawet w przypadku bardzo niskich poziomów rezystancji izolacji. Natomiast w żadnym z zapisów nie występuje zmiana tego czego oczekuje Zamawiający na jego niekorzyść. Nadto na etapie projektowym Zamawiający może, lecz nie musi przyjąć korzystniejszych rozwiązań Przystępującego. Gdyby przyjąć argumentację Odwołującego to oferta Przystępującego składałby się z jednej kartki „opis systemu” co w

świetle całej oferty i dokumentacji przetargowej jest całkowicie nielogiczne i po prostu nie ma sensu.

9. Oceniając ofertę Przystępującego należy badać całość jego oferty a nie wyrwykowe zdania, jako to stosuje Odwołujący, w celu stworzenia mylnego wrażenia, że oferta nie spełnia warunków SWZ czy też mamy do czynienia ze zmianą oferty.

Odnosząc się zaś szczegółowo do zarzutów podniesionych w odwołaniu, wskazać należy:

Ad. I Zarzut dotyczący zastosowania opraw 12 calowych:

Wyjaśnienia ELEKTROTIM z dnia 11.10.2023 r. podtrzymują oświadczenie wynikające z oferty, że będzie wykonywać prace zgodnie z SWZ. ELEKTROTIM, jak była już o tym mowa nie oferował 8 cali opraw do drogi kołowania i do drogi startowej. Wręcz przeciwnie wskazał, że do drogi startowej będzie stosował oprawy o parametrze 12 cali w ofercie i potwierdził to w oświadczeniu. Odwołujący nie wskazywał, że w jakimkolwiek punkcie swojej oferty Przystępujący oświadczył, że będzie stosował oprawy 8 cali na drodze kołowania i startowej. W żadnym wypadku nie ma takiego oświadczenia w ofercie Przystępującego. Ponadto w załączniku pn. „opis systemu” jest sprecyzowane, że oprawy 8 calowe dotyczą krawędzi dróg kołowania.

Ad. II Zarzut dotyczący wzmocnionych pryzmatów:

W dniu 11.10.2023 r. ELEKTROTIM oświadczył, że wszystkie pryzmaty będą wzmocnione i to stanowisko podtrzymuje. Ewentualne uwagi Zamawiającego co do sposobu wzmocnienia, mogą zostać przedstawione na etapie projektowania. Podkreślić należy, że w żadnym z

dokumentów postępowania nie zostało wykazane, że jedyną formą wzmocnienia są nakładki szafirowe.

Na obecnym etapie postępowania, mając na uwadze, że w projekcie zostaną z całą pewnością zastosowane wzmocnione pryzmaty, przedmiotowy zarzut jest w całej rozciągłości bezzasadny. Nie ma jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że takie oprawy nie zostaną użyte i należy uznać zarzuty Odwołującego jako nie mające pokrycia w dokumentacji i oświadczeniach Przystępującego. Podkreślić należy, że Zamawiający nie wymagał przedstawienia na etapie przetargowym sposobu wzmocnienia zważywszy na to, że mamy do czynienia z instytucją: „zaprojektuj i wybuduj”. ELEKTROTIM oświadcza, że zastosuje wzmocnione pryzmaty zaakceptowane przez Zamawiającego.

Ad. III Zarzut dotyczący zmiany treści oferty ELEKTROTIM:

Zgodnie z SWZ Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia w terminie składania ofert dokumentów, a w szczególności:

12.4. W terminie składania ofert określonym w pkt 13.1. SWZ wykonawca zobowiązany jest złożyć Zamawiającemu Ofertę zawierającą:

a) formularz Oferty (sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ) sporządzony pod rygorem nieważności w formie elektronicznej tj. opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym,

Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą w szczególności dodatkowych danych dotyczących oferowanego systemu oświetlenia ani przedmiotowych środków dowodowych, jednak Przystępujący taki dokument wraz z ofertą złożył jednak nie ma on wpływu na całość oferty Przystępującego albowiem jest z nią zgodny.

Podkreślić należy z całą mocą, że żadne z zapisów „opisu systemu” Przystępującego nie stoi w sprzeczności z wymogami Zamawiającego. Dlatego też zarzuty w odwołaniu są ogólnikowe i nie wskazują sensu stricte żadnego naruszenia przez Przystępującego zapisów SWZ i innych dokumentów a stanowią tylko próbę interpretacji przepisów na korzyść Odwołującego. W żadnym z wyjaśnień Przystępującego nie zmienił treści oferty, tylko podtrzymywał oświadczenia wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie ze złożoną ofertą.

Ad. IV Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty ELEKTROTIM z treścią warunków zamówienia - zaoferowanie niezgodnego rozmiaru obudów opraw zagłębionych na drodze startowej:

W odwołaniu Odwołujący twierdzi: jak wskazano [...]Zamawiający wymagał w PFU, co potwierdził w toku procedury wyjaśniającej SWZ, w odniesieniu do opraw oświetlenia drogi

startowej zastosowania wyłącznie opraw 12". Zaoferowanie w odniesieniu do opraw zagłębionych na drodze startowej opraw w rozmiarze 8" stanowi bezwzględną niezgodność z wymaganiem SWZ i podstawę odrzucenia oferty w trybie art. 226 ust 1 pkt 5 PZP. Jak wynika z Opisu systemu zaoferowanego w przetargu przez Elektrotim wykonawca ten zaoferował jednolitą wielkość opraw tj. 8" wskazanego producenta HDK.

Tymczasem ELEKTROTIM wskazał w „opisie systemu”, że wszystkie urządzenia będą miały oświetlenie LED, a nie że będą 8 calowe. Z wykładni literalnej i logicznej jest to oczywiste. W żadnym z oświadczeń Przystępującego nie zostało wykazane, że zastosuje wszędzie oprawy 8 calowe a jedynie w opisie systemu, że: „wszystkie świetlne pomoce nawigacyjne oferowane w ramach przedmiotowego zadania są urządzeniami wyposażonymi w źródła światła LED.” czego wymaga Zamawiający i konsekwentnie dotyczy wyłącznie źródeł LED a nie 8 calowych opraw. Żaden z zapisów nie stoi zatem w sprzeczności z wymogami opisanymi w dokumentacji przetargowej.

Jednocześnie w treści samego pisma załączonego do oferty, Przystępujący podniósł, że oprawy będą wyposażone we wzmocnione pryzmaty, a zatem w tej sytuacji Odwołujący zaprzecza sam sobie.

Co więcej na stronie internetowej producenta HDK, do której nawiązywał w Odwołaniu Odwołujący nie ma opraw w rozmiarze 8" dla zagłębionych świateł krawędzi drogi startowej. Wynika to z konieczności uzyskania wysokiej intensywności świecenia, co dla rozmiaru 8" oprawy byłoby niemożliwe do uzyskania ze względów konstrukcyjnych i według naszej najlepszej wiedzy żaden z producentów opraw oświetlenia nawigacyjnego nie oferuje zagłębionych opraw krawędzi drogi startowej w rozmiarze 8". W związku z czym insynuacja Odwołującego, którego członek Konsorcjum jest Producentem opraw oświetlenia nawigacyjnego który również nie posiada takiego rozwiązania, o rzekomym oferowaniu przez Przystępującego wyłącznie opraw 8" dla drogi startowej jest nielogiczna i może być w opinii Przystępującego oceniona jako celowe wprowadzenie w błąd Zamawiającego i Krajową Izbę Odwoławczą.

Jednocześnie podkreślić należy, że twierdzenie Odwołującego:

„Jak wynika z Opisu systemu zaoferowanego w przetargu przez Elektrotim wykonawca ten zaoferował jednolitą wielkość opraw tj. 8" wskazanego producenta HDK:"

jest twierdzeniem nieprawdziwym i nie mającym podstaw w dokumentacji postępowania przetargowego, w którym Projekt koncepcyjny zakłada zastosowanie na drodze startowej również opraw naziemnych, której konstrukcji nie różni się na 8 i 12 calowe, bowiem odniesienie to ma zastosowanie jedynie do obudów i opraw zagłębionych. Równie

nieuprawnione byłoby twierdzenie, że Przystępujący nie zaoferował w postępowaniu opraw naziemnych podejścia, znaków pionowych czy opraw precyzyjnych wskaźników ścieżki schodzenia PAPI, które również są elementem postępowania, a nie zostały opisane w załączonych przez Przystępującego w opisie systemu.

Ad. V Zarzut dotyczący zmiany treści oferty ELEKTROTIM w wyniku wyjaśnień oraz prowadzenie negocjacji treści oferty:

V.1 Nie ma jakiegokolwiek zmiany w treści oferty, tylko wyjaśnienia (których Zamawiający mógł zażądać od Przystępującego w trybie art. 223 pzp), związane z insynuacjami Odwołującego w piśmie z dnia 6 października 2023r. Przystępujący może w trakcie realizacji przedstawiać rozwiązania zgodne z dokumentacją przetargową, natomiast Odwołujący wskazuje wybiórcze zdania z pisma, nie wyjaśniając kompletnie na czym polega zmiana oferty czy też jej niezgodność z dokumentacją przetargową.

Opis systemu w żadnym wypadku nie wskazuje, że zastosowane mają być wszędzie oprawy o parametrze 8 cali a jedynie, przewagę przewidywanych opraw 8 calowych na drodze kołowania, co w żadnym wypadku nie zmienia jednoznacznego stanowiska Przystępującego do zastosowania opraw wymaganych przez Zamawiającego. W żadnym z oświadczeń, czy też dokumentów nie wynika, że Przystępujący stosuje tylko i wyłącznie oprawy 8 cali. Jest to jedyny w zasadzie zarzut Odwołującego, który w oczywisty sposób nie może się ostać, ponieważ po pierwsze nie zostały wskazane dowody na ich udowodnienie, a po drugie nie było takiego oświadczenie woli po stronie Przystępującego.

V.2. Zarzut dotyczący pytań, które zostały zadane w sposób nieprawidłowy przez Zamawiającego.

Z uwagi na to, że reżim i specyfika prawa zamówień publicznych wymaga dokładności, precyzji oraz jasno sformułowanego przedmiotu zamówienia, Zamawiający po zadaniu pytania, nie może zastanawiać się czy wskazano 8 czy 12 calowe oprawy, przedmiotowy zarzut jest nie do przyjęcia.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie przesłuchuje wykonawcy jako świadka, zadając mu pytania o wiedzę, tylko wydaje jasne i sprecyzowane sygnały czego potrzebuje i jakie warunki ma spełnić wykonawca. Taka forma zadania pytania jest jak najbardziej prawidłowa i całkowicie myli się Odwołujący, jak we wszystkich zarzutach w zasadzie sprowadzających się do nadinterpretacji jednego pisma Przystępującego pod nazwą „opis systemu”.

Dyspozycja art. 99 ustęp 1 PZP [Zasady opisywania przedmiotu zamówienia] przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie

dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty wskazuje, że Zamawiający ma wręcz obowiązek jednoznacznie i wyczerpująco zadawać różne pytania a nie pozostawiać miejsce na wątpliwości.

V.3. i V.4 odpowiedź do wyjaśnień oferty z 9.10.2023r. i odpowiedź na wezwanie z 11.10.2023r.

Odwołujący jak wyżej stawia nieuzasadnione zarzuty jakoby Przystępujący zamierzał zastosować tylko 8 calowe oprawy, które to twierdzenia są niczym nie poparte. Ponadto Zamawiający zastosował prawidłowo pytanie związane z obowiązkiem jednoznacznego formułowania określeń w tym pytań w postępowaniu PZP i w żadnym wypadku nie były prowadzone pomiędzy stronami jakiegokolwiek negocjacje. Przystępujący potwierdził tylko oświadczenia z oferty, że wykona zamówienia zgodnie z dokumentacją przetargową (SWZ wraz z załącznikami).

VI. zarzut dotyczący niezgodności treści oferty ELEKTROTIM z treścią warunków zamówienia zaoferowanie w światłach zagłębionych znajdujących się w Polach Ruchu Naziemnego (PRN) niewzmocnionych pryzmatów:

Przede wszystkim ponownie podnoszę, że Przystępujący nigdzie nie wskazał, że stosuje niewzmocnione pryzmaty. Wręcz przeciwnie wielokrotnie potwierdzał, że takie pryzmaty wzmocnione stosuje. Podkreślić również należy, że

mamy do czynienia z producentem oświetlenia nawigacyjnego HDK, który na zamówienie może wyprodukować oprawy takie jak zaprojektowane będą przez wykonawcę i zaaprobowane przez Zamawiającego. Skoro w swojej ofercie Przystępujący zobowiązał się do wykonania wzmocnionych pryzmatów to takie zgodnie z umową i SWZ będzie musiał dostarczyć, co potwierdza w swojej ofercie.

To, że podmiot HDK na stronie internetowej nie ma wzmocnionych pryzmatów nie ma znaczenia - w załączeniu przedkładamy oświadczenie producenta, że dostarczy pryzmaty zgodnie z dokumentacją przetargową. Istnieje również możliwość zastosowania innych dostawców na co w oczywisty sposób zezwala ustawa PZP. Poza tym w trakcie projektowania w ramach SWZ mogą zostać wskazane oprawy innego producenta. Nie muszą być też wzmocnione nakładkami szafirowymi, a Zamawiający takich wymogów nie stawiał. Poza tym, w trakcie projektowania istnieje możliwość zmiany podmiotów, których oprawy zostaną zastosowane. Nadto w okolicznościach przedmiotowego przetargu Zamawiający nie wymagał wskazania, jakie oprawy i jakich producentów będą użyte, mając zwłaszcza na uwadze fakt, że mamy do czynienia z formułą „zaprojektuj i wybuduj” a zatem na etapie projektowania, jest możliwość wskazania innych producentów, spełniających oczywiście wymogi dokumentacji przetargowej.

Dowód: oświadczenie producenta

Wskazać należy, że Odwołujący przedstawił jakieś wydruki ze strony internetowej, nie znając w ogóle zakresu usług podmiotu HDK. Zamawiający nigdzie nie sprecyzował obowiązku wskazania producentów, czy też dostawców albowiem w trakcie projektowania może się to zmienić. Podał jedynie przykładowych producentów, co również zrobił Przystępujący. Zdjęcie z internetu może wskazywać wyłącznie, że taką oprawę może wykonać dany podmiot gospodarczy, a w żadnym wypadku nie dowodzi, że nie może wykonać innych opraw. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na fakt, że producent HDK nie wykona innych opraw. Dodatkowo podczas projektowania występuje możliwość zmiany producenta, jak również zrezygnowania z dostawcy w trybie art. 462 PZP. Wskazujemy odnosząc się od zarzutów Odwołującego, że ten producent ma możliwość produkowania standardowych jak i wzmocnionych pryzmatów.

Dowód: oświadczenia producenta

W oczywisty sposób wskazanie przez Odwołującego jednego zdjęcia bez wykazania, że dany producent nie ma możliwości wykonania wzmocnionych opraw nie jest żadnym dowodem na brak możliwości zastosowania przez Przystępującego wzmocnionych pryzmatów.

Podsumowując, podkreślić należy, że Odwołujący nie wskazał żadnego dowodu na brak spełnienia wymogów przez Przystępującego warunków przetargu czy też na zmianę oferty, a cała jego argumentacja oparta jest na nieprawidłowej interpretacji zdań z jednego pisma Przystępującego, który w oczywisty sposób oświadczył, że spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego. Odwołujący dokonuje nadinterpretacji zdań dodając do nich znaczenia, których w żadnym wypadku nie mają.

Zgodnie z wyrokiem z dnia 11 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3724/21: wykazanie to coś więcej niż uzasadnienie - wykazanie to udowodnienie. Przyjmując ustalony przez ustawodawcę sposób dowodzenia, określony przepisem art. 534 ust. 1 p.z.p. (strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne), wykonawca, który powołuje określone okoliczności winien je udowodnić. Ogólne twierdzenia o przyjętych założeniach, możliwych, hipotetycznych sytuacjach, czy wreszcie przekonanie wykonawcy o słuszności dokonania takiej czynności nie może stanowić nawet próby wykazania. Wykonawca winien szczegółowo opisać związek przyczynowo skutkowy, który charakteryzuje daną okoliczność z powołaniem dowodów potwierdzających zasadność takiego postępowania.

Należy pamiętać, że art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP stanowi, że: uwzględnienie odwołania następuje w sytuacji naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W niniejszej sprawie nie miała miejsca taka sytuacja, ponieważ Przystępujący jednoznacznie stwierdził, że wykona wszelkie prace, w tym prace projektowe, zgodnie z wymogami postawionymi przez Zamawiającego, a wyjaśnienia w żadnym z zapisów nie stały z nimi w sprzeczności. Nie ma racji Odwołujący co zostało wyżej wykazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołanie wniesiono wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

1. wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Elektrotim SA,
2. prowadzenia z wykonawcą Elektrotim negocjacji treści oferty i dopuszczenia zmiany treści oferty wskutek udzielonych wyjaśnień treści oferty,
3. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Elektrotim pomimo, że jej treść pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia, co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie i postanowień SWZ ma bezpośredni wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, o czym odwołujący dowiedział się z zawiadomienia z dnia 28.12.2023 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Uwzględniając powyższe okoliczności, wniesienie odwołania w dniu 08.01.2024 r. zostało dokonane z zachowaniem ustawowego terminu.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 239 ust. 1 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Elektrotim, w sytuacji gdy oferta ta powinna zostać odrzucona,
2. naruszenie art. 223 ust 1 Pzp przez prowadzenie z Wykonawcą Elektrotim negocjacji treści oferty i dopuszczenie w ich konsekwencji do jej zmiany,
3. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Elektrotim pomimo, że jej treść pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 Pzp odwołujący wniósł o:

uwzględnienie odwołania, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania, na okoliczności wskazane w odwołaniu, a także o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obciążonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,
2. odrzucenie oferty wykonawcy Elektrotim w związku z wystąpieniem wskazanych podstaw odrzucenia,
3. dokonanie ponownej oceny i badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Co do terminu na wniesienie odwołania

Zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej w informacji przekazanej w dniu 28.12.2023r., wobec czego termin został zachowany.

Co do interesu we wniesieniu odwołania

Według odwołującego jego oferta zgodnie z rankingiem ofert zawartym w treści zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania została uplasowana na drugiej pozycji rankingowej po ofercie wykonawcy Elektrotim, a jednocześnie mieści się w kwocie jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zgodnie z informacją podaną w dniu 27.09.2023r. na otwarciu ofert. Uwzględnienie odwołania i unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Elektrotim oraz jej odrzucenie ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania oraz możliwość uzyskania zamówienia przez odwołującego. W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu doznał uszczerbku, a tym samym odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z zamawiającym.

Izba oceniając powyższe ustalenia faktyczne i przepisy Pzp, nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, a także stwierdziła interes po stronie odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego, co do odrzucenia odwołania z powodu opóźnienia we wniesieniu odwołania. Bowiem jako początek biegu terminu na wniesienie

odwołania należy przyjąć datę rozstrzygnięcia zamawiającego co do wyboru oferty najkorzystniejszej, a nie datę wyjaśnień przystępującego w trybie art.223 ust.1 Pzp.

Zgodnie z SWZ przedmiotem zamówienia (główny przedmiot zamówienia) jest dostawa, zaprojektowanego przez wykonawcę, systemu świetlnych pomocy nawigacyjnych kategorii II (CAT. II) na Lotnisku Szczecin-Goleniów wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Zamówienie obejmuje również roboty budowlane i usługi związane z zainstalowaniem (montażem) ww. systemu i jego uruchomieniem oraz demontażem istniejącego systemu świetlnych pomocy nawigacyjnych, a także przeszkolenie personelu zamawiającego z obsługi systemu. Wykonawca jest zobowiązany zaprojektować i wykonać system świetlnych pomocy nawigacyjnych CAT. II na Lotnisku Szczecin-Goleniów wraz z infrastrukturą towarzyszącą na podstawie wytycznych zawartych w Załącznikach nr 9 - 9A do SWZ i Załącznikach nr 12 - 12A do SWZ. W ramach przedmiotu zamówienia należy przystosować świetlne systemy nawigacyjne Lotniska Szczecin-Goleniów do obsługi operacji lotniczych w warunkach ILS Kat. II oraz startów w ograniczonej widzialności LVTO wraz z wymianą i modernizacją niektórych elementów istniejących systemów oświetlenia nawigacyjnego Lotniska Szczecin-Goleniów. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Załącznikach nr 9 -9A do SWZ oraz Załącznikach nr 12 - 12A do SWZ.

II. Wymagania SWZ dotyczące urządzeń świetlnych pomocy nawigacyjnych.

II.1 Rozmiar obudowy opraw zagłębionych na drodze startowej.

Zgodnie z wymaganiem zamawiającego zawartym w treści Załącznika nr 9 do SWZ -Program Funkcjonalno Użytkowy (PFU) w zależności od lokalizacji i przeznaczenia opraw rozmiary lamp winny posiadać odpowiednio 8 lub 12 ".

Wymaganie 2.2.2.5 PFU - droga startowa:

„Oprawy zagłębione na drodze startowej powinny być dostarczone i instalowane w rozmiarze obudowy 12" oraz

Wymaganie 2.2.2.7 PFU - drogi kołowania: „Oprawy zagłębione powinny się przyjąć w standardzie obudowy o rozmiarze 8”.

W świetle jednoznacznego wymagania PFU, potwierdzonego udzielonymi wyjaśnieniami zamawiającego, wykluczona była możliwość zaoferowania w odniesieniu do drogi startowej opraw zagłębionych w rozmiarze obudowy 8”. Zdaniem odwołującego wykonawca wybrany zaoferował oprawy w rozmiarze obudowy 8 zarówno do drogi kołowania, jak i do drogi startowej, a dopiero w wyjaśnieniach dokonał rozróżnienia, co do opraw to jest do drogi kołowania 8, a do drogi startowej 12. W tej sytuacji oferta wykonawcy, który oferuje dostawę i

montaż w odniesieniu do drogi kołowania i drogi startowej tego samego rozmiaru oprawy tj. 8” jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega bezwzględnej sankcji w postaci odrzucenia oferty w trybie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp. W ocenie odwołującego, przez wezwanie wykonawcy wybranego do wyjaśnień w powyższym zakresie, zamawiający naruszył dyspozycję art.223 ust.1 ustawy Pzp, doprowadzając do negocjacji treści oferty i dokonanie w niej zmian, po złożeniu oferty. Tak zasadniczo argumentacja postawionego zarzutu została sformułowana w odwołaniu.

Kolejny zarzut sformułowano na podstawie II.2 Wymaganie dotyczące zastosowania w światłach zagłębionych znajdujących się w Polach Ruchu Naziemnego (PRN) wzmocnionych pryzmatów. Zgodnie z PFU - pkt 2.2.2.7. Zamawiający wymaga dla opraw oświetlenia nawigacyjnego dróg kołowania zastosowania oświetlenia wyposażonego we wzmocnione pryzmaty: 2.2.2.7 Oprawy oświetlenia nawigacyjnego dróg kołowania: Nowe oświetlenie nawigacyjne dróg kołowania będzie w pełni spełniało wymagania EASA jak również przepisów odrębnych wymienionych we wstępie PFU. Nowe oprawy będą spełniać wymagania techniczne zawarte w załączonym dokumencie oraz załącznikach. Oprawy zagłębione powinny się przyjąć w standardzie obudowy o rozmiarze 8” (lub innym wymiarze zgodnych z systemem stosowanym przez Oferenta po zatwierdzeniu przez Zamawiającego). Całość oświetlenia musi posiadać wzmocnione pryzmaty chroniące przed zniszczeniem podczas prowadzenia odśnieżania lub czyszczenia nawierzchni.

Odwołujący przywołał dodatkowo analogiczne wymaganie zawarte w Projekcie Konceptyjnym: 4.7 Oprawy oświetlenia nawigacyjnego dróg kołowania: Projektowane oświetlenie nawigacyjne dróg kołowania będzie w pełni spełniało wymagania EASA jak również przepisów odrębnych wymienionych we wstępie projektu koncepcyjnego. Projektowane oprawy będą spełniać wymagania techniczne zawarte w projekcie koncepcyjnym. Oprawy zagłębione proponuje się przyjąć w standardzie obudowy o rozmiarze 8”. (...) Oprawy zagłębione muszą posiadać wzmocnione pryzmaty chroniące przed mechanicznym czyszczeniem i odśnieżaniem nawierzchni.

Z powodu tego wymogu, odwołujący również domagał się odrzucenia oferty wykonawcy wybranego i stwierdził. W tej sytuacji oferta wykonawcy, który oferuje w odniesieniu do światła zagłębionych znajdujących się w Polach Ruchu Naziemnego zwykle - tj. niewzmocnione pryzmaty jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega bezwzględnej sankcji w postaci odrzucenia oferty w trybie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp.

Powyżej we wstępnej części uzasadnienia wyroku, przedstawiona została całościowa argumentacja odwołania, która zasadniczo sprowadzała się do następujących zagadnień.

Co do treści oferty Elektrotim w postępowaniu.

Zgodnie z SWZ Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia w terminie składania ofert w szczególności:

12.4. W terminie składania ofert określonym w pkt 13.1. SWZ wykonawca zobowiązany jest złożyć Zamawiającemu Ofertę zawierającą:

a) formularz Oferty (sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ) sporządzony pod rygorem nieważności w formie elektronicznej tj. opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Czyli jak przyznaje odwołujący, wykonawcy byli zobowiązani do przedstawienia formularza oferty według wzoru ustalonego przez zamawiającego.

Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą w szczególności dodatkowych danych dotyczących oferowanego systemu oświetlenia ani przedmiotowych środków dowodowych, jednak wykonawca Elektrotim taki dokument wraz z ofertą złożył.

W ocenie odwołującego ten dodatkowy dokument, nie wymagany przez zamawiającego, stanowi jednak integralną część oferty Elektrotim i powinien być oceniany w kontekście oferowanego przedmiotu zamówienia, jako zawierającego opis przedmiotu zamówienia.

Jak w odwołaniu stwierdza odwołujący, okoliczność, że Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą dodatkowego Opisu systemu nie oznacza, że w przypadku jego złożenia przez wykonawcę Zamawiający miałby pominąć ten dokument w procesie oceny oferty.

Odwołujący twierdzi, że złożony dodatkowo, nie wymagany dokument staje się automatycznie treścią oferty, a zamawiający ma obowiązek oceny zawartości oferty według treści tego nie wymaganego dokumentu, to jest nie może go pominąć, a wręcz ma obowiązek ocenić prawidłowość oferty, uwzględniając ten dokument. Reasumując wywód odwołania sprowadza się do twierdzenia, że złożony dodatkowo, nie wymagany dokument, w tym przypadku opisujący przedmiot zamówienia staje się automatycznie treścią oferty, a zamawiający oceniając treść oferty, nie może go pominąć, przy ocenie zgodności oferty z warunkami zamówienia.

Według odwołującego znamienne w sprawie jest, że zaofertowane rozwiązanie posiada publicznie dostępną oraz pełną i szczegółową oficjalną dokumentację techniczną produktów bezpośrednio od jego producenta, co powoduje, że weryfikacja zgodności rozwiązania z SWZ jest możliwa.

Dalej odwołujący wskazuje, że Zamawiający potraktował Opis systemu analogicznie jak Odwołujący tj. jako treść oferty czego potwierdzeniem jest wystosowane do wykonawcy

wezwanie w trybie art. 223 ust 1 Pzp dotyczące w szczególności rozmiaru opraw lamp (pismo z dnia 4.10.2023r.).

Na dowód, że zamawiający oczekiwał potwierdzenia od Elektrotim niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, to jest oferty zgodnej z załącznikiem nr 5 do oferty wykonawcy wybranego, odwołujący przywołał następujący fragment wezwania: Działając na podstawie art 223 ust. 1 PZP Zamawiający wzywa Wykonawcę do potwierdzenia, że w ramach realizacji przedmiotu zamówienia na „Wykonanie systemu świetlnych pomocy nawigacyjnych CAT II na Lotnisku Szczecin-Goleniów wraz z infrastrukturą towarzyszącą-II postępowanie” dostarczy Zamawiającemu system będący przedmiotem zamówienia zgodny z parametrami określonymi w fakultatywnie załączonym do oferty Wykonawcy, jako załącznik nr 5, Opistem systemu.

Odwołujący, oceniając udzieloną odpowiedź Elektrotim na wezwanie z 6.10.2023r., stwierdza między innymi, że W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wykonawca Elektrotim pismem z dnia 6.10.2023r. usiłował zdewaluować znaczenie Opisu systemu twierdząc, że fakultatywnie złożony dokument zawierać ma jedynie „ogólną prezentację rozwiązań przyjętych podczas sporządzania oferty, jako wskazanie między innymi zastosowania innych producentów niż wskazani w PFU oraz PK, którzy to producenci spełniają wymogi postawione przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej.” Ponadto odwołujący stwierdza, że Elektrotim w wyjaśnieniach dokonuje zmiany treści oferty uzupełniając Opis systemu o informacje, że zastosowanie opraw 8 "ma być ograniczone jedynie do dróg kołowania, cytując następujący fragment odpowiedzi Elektrotim-u: „Dołączony do oferty Opis Systemu zawiera informacje na temat rozwiązań przyjętych w wycenie oraz wskazuje przewagi wybranych elementów takich jak np. wysokość wystawiania ponad nawierzchnię opraw 8", stosowanych na drogach kołowania czy prawidłowość działania systemu nawet przy bardzo niskich poziomach rezystancji.”

Z kolei co do wzmocnienia pryzmatów odwołujący kwituje Skoro zatem Elektrotim zaofertował w postępowaniu oprawy zagłębione dróg kołowania producenta HDK ten zaś posiada w tej kategorii oświetlenia tylko jeden produkt Taxiway Edge Light(inset) model ILC-TWE(L) a oprawa ta nie posiada żadnego wzmocnienia pryzmatów - uznać należy, że oferta wykonawcy Elektrotim pozostaje niezgodna z treścią SWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp.

Izba na podstawie dokonanych ustaleń i ocen w sprawie, co do treści złożonej oferty przez Elektrotim oraz wezwania zamawiającego i udzielonych wyjaśnień w trybie art.223 ust.1 ustawy Pzp, mając na uwadze postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (swz), nie stwierdza naruszenia przepisów tejże ustawy. W ocenie Izby zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, polegających na niedozwolonych negocjacjach między zamawiającym a wykonawcą wybranym Elektrotim, złożeniu oferty niezgodnej z swz oraz zmianie treści oferty po jej złożeniu, a w konsekwencji nieprawidłowym wyborze oferty najkorzystniejszej.

Jak sam odwołujący przyznaje powodem wezwania do wyjaśnień w trybie art.223 ust.1 Pzp, był fakt, że wykonawca wybrany Elektrotim złożył nie wymagany swz dokument do oferty, który nazwał opisem przedmiotu zamówienia. W zaistniałej sytuacji, to odwołujący skłonił zamawiającego do wezwania do wyjaśnień, ponieważ przywołany producent w opisie przedmiotu zamówienia, nie posiada w swojej ofercie opraw sygnalizacji o wymiarach 12, tylko 8 oraz nie posiada zabezpieczeń pryzmatów przed uszkodzeniami mechanicznymi przy sprzątanii. Według wiedzy odwołującego te okoliczności świadczą o tym, że wykonawca wybrany ofertuje pryzmaty bez zabezpieczeń przed mechanicznym uszkodzeniem oraz oferuje oprawy o wymiarach „8” zarówno na pasie startowym, jak i na pasie do kołowania samolotów. Natomiast bezspornym w sprawie jest, że zamawiający wymagał opraw sygnalizacyjnych na pasie startu o wymiarze 12, a na pasie do kołowania o wymiarze 8 oraz bezwzględnego zabezpieczenia pryzmat przed uszkodzeniem, w związku z usuwaniem zanieczyszczeń w tym śniegu. Wykonawca wybrany wezwany do wyjaśnień odpowiedział, że gwarantuje wykonanie zamówienia zgodnie z swz, powołując się na oświadczenie zawarte w formularzu ofertowym, co do przestrzegania warunków swz. Pierwszym zagadnieniem do oceny Izby była kwestia czy zamawiający ma obowiązek badania i oceny składanych przy ofercie dokumentów w tym katalogów, które nie są wymagane do złożenia wraz z ofertą. W przedmiotowym przypadku dotyczyło to tzw. opisu przedmiotu zamówienia, sformułowanego co do treści i formy w sposób dowolny przez wykonawcę Elektrotim. Według Izby dokumenty tego rodzaju nie podlegają ani badaniu, ani ocenie, a co oznacza, że nie powinny mieć ani negatywnego, ani pozytywnego znaczenia przy ocenie ofert. W tym wypadku należy posłużyć się treścią art.223 ust.1 Pzp, który regulując instytucję wyjaśnień, posługuje się takim katalogiem jak „treść złożonych ofert”, „przedmiotowych środków dowodowych” „innych składanych dokumentów” lub „oświadczeń”. Ustawa nie odpowiada wprost na pytanie czy te wymienione formy odnoszą się do form przewidzianych w swz, czy też form „ponadnormatywnych” w stosunku do swz. Niemniej mając na uwadze, że zachowania wykonawców na etapie realizacji zamówień mogą być różne, jak również orzeczenia sądów rozstrzygających spory na tle realizacji zamówień, bezpiecznym i starannym zachowaniem zamawiającego jest wyjaśnienie celu i znaczenia składanych ponadnormatywnych dokumentów czy też oświadczeń przez wykonawców. Powyższej czynności wyjaśnienia, zresztą dzięki inicjatywie odwołującego, zamawiający dokonał, uzyskując odpowiedź wykonawcy Elektrotim, o dotrzymaniu wymagań swz, jak i celu dla którego złożono dodatkowy dokument opisujący przedmiot zamówienia. Według wykonawcy wybranego złożony dodatkowo dokument miał nie zmieniać wymagań zamawiającego co do obowiązującego minimum, ale wskazywać na szersze możliwości zaspokojenia potrzeb zamawiającego, niż wymagane w swz minimum. Udzielone wyjaśnienia przez Elektrotim potwierdziły zamawiającemu, dotrzymanie wymagań wynikających z swz oraz treści

złożonego oświadczenia w formularzu ofertowym o dotrzymaniu warunków swz. W powyższym stanie rzeczy Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że złożenie nie wymaganego dokumentu (opis przedmiotu zamówienia – jednostronicowa kartka) i wywołane tym faktem wyjaśnienia w trybie art.223 ust.1 Pzp, wyczerpują dyspozycję niedozwolonych negocjacji, czy jakiegokolwiek niedozwolonej zmiany treści oferty.

Odwołujący, w związku z zaistniałą sytuacją złożenia nie wymaganego dokumentu przez postanowienia swz, nie tylko powołał się na naruszenie art.223 ust.1 Pzp jako nieuprawniony tryb przez zamawiającego, ale przede wszystkim na naruszenie art.226 ust.1 pkt 5 Pzp. Bowiem dyspozycja art.226 ust.1 pkt 5 Pzp, który nakazuje odrzucenie oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W ocenie Izby, co już powyżej nadmieniono, dokumenty nie wymagane postanowieniami swz, nie podlegają ocenie przez zamawiającego to jest ani na korzyść, ani na niekorzyść wykonawcy, w ramach obowiązującej zasady równego traktowania wykonawców w stosunku do obowiązującej swz (art.16 pkt 1 Pzp).

Izba nadmienia, że nie obojętnym dla rozstrzygnięcia sprawy była również okoliczność, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie projektuj i buduj, gdzie zamawiający na etapie realizacji zamówienia powinien być decydemtem w zakresie projektu realizacji robót.

Ostatecznym stwierdzeniem w rozstrzyganej przez Izbę sprawie jest to, że nie nastąpiło naruszenie przywołanego w odwołaniu art.239 ust.1 Pzp, co do obowiązku zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty według kryteriów oceny ofert, określonych w dokumentach zamówienia, czego również zamawiający dotrzymał.

W powyższym stanie rzeczy odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ odwołujący nie udowodnił naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów prawa, które miały by istotny wpływ na wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) 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), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie

15.000,00 złotych oraz zasądzając na rzecz zamawiającego od odwołującego zwrot kwoty 4.697 zł 96 gr (słownie: cztery tysiące sześćset dziewięćdziesiąt siedem złotych dziewięćdziesiąt sześć groszy) na rzecz zamawiającego stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz kosztu dojazdu na rozprawę

Przewodniczący:.....