

WYROK

Warszawa, 31 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 14 października 2024 r. przez wykonawcę:

Linter Energia sp. z o.o. Rzeszów (KRS: 0000573903) ubiegającego się o udzielenie zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Gmina Głogów Małopolski przy udziale uczestnika – wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

A. Energosieci Podkarpacie sp. z o.o. Głogów Małopolski (KRS: 0000514635) po stronie zamawiającego

B. Wieleba sp. z o.o. Borownica (KRS: 0001118175) po stronie zamawiającego

orzeka:

Oddala odwołanie;

Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Gmina Głogów Małopolski (dalej zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 Ustawy pn.: „Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie gminy Głogów Małopolski” (znak sprawy: OR.271.25.2024) (dalej Postępowanie). Przedmiot zamówienia, warunki udziału, kryteria oceny ofert oraz zasady prowadzenia Postępowania określa specyfikacja warunków zamówienia (dalej SWZ).

14 października 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia: Linter Energia sp. z o.o. Rzeszów (ul. Tadeusza Boya-Żeleńskiego 23, 35-105 Rzeszów) (dalej Odwołujący) od niezgodnych z Ustawą czynności Zamawiającego.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty Energosieci Podkarpacie sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, pomimo iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 2) zaniechania odrzucenia oferty Wieleba Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, pomimo iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia
- 3) wyboru oferty Energosieci Podkarpacie sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, pomimo iż oferta ta podlegała odrzuceniu.

Odwołujący wskazywał na naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Energosieci Podkarpacie sp. z o.o., pomimo iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. oferowane oprawy nie spełniają minimalnych wymagań technicznych określonych w opisie przedmiotu zamówienia
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wieleba Sp. z o.o., pomimo iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. oferowane oprawy nie spełniają minimalnych wymagań technicznych określonych w opisie przedmiotu zamówienia
- 3) art. 239 ust. 1 w zw. art. 252 ust. 1 w zw. z art. 266 w zw. z art. 275 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp poprzez wybór oferty Energosieci Podkarpacie sp. z o.o., która nie jest ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz zaniechanie wyboru oferty odwołującego;
- 4) art. 16 pkt 1 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania, w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Energosieci Podkarpacie sp. z o.o. oraz Wieleba sp. z

o.o., pomimo iż te oferty nie spełniały warunków technicznych określonych w opisie przedmiotu zamówienia, a następnie poprzez wybór oferty Energosieci Podkarpacie sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, a w ślad za tym zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Energosieci Podkarpacie sp. z o.o. oraz oferty Wieleba sp. z o.o. jako niezgodnych z warunkami określonymi w zamówieniu,

Odwołujący wnosił o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, w tym:

- informacji z otwarcia ofert z dnia 08.10.2024r. - na fakt wyboru oferty Energosieci Podkarpacie sp. z o.o.; złożenia przez odwołującego najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu

-SWZ na fakt: warunków technicznych jakie musi spełniać oferta Wykonawcy, w tym min. wymagania i cechy techniczne opraw określone dla przedmiotu zamówienia;

-odpowiedzi zamawiającego z dnia 16.09.2024 r. na pytanie wykonawcy - na fakt: warunków technicznych jakie muszą spełniać oprawy oświetleniowe oferowane przez Wykonawców w ramach przedmiotowego zamówienia, w tym min. wymagania i cechy techniczne opraw określone dla przedmiotu zamówienia;

-wezwania do złożenia przedmiotowych i podmiotowych środków dowodowych do Energosieci Podkarpacie sp. z o.o. - na fakt: zwrócenia się do Energosieci Podkarpacie sp. z o.o o przedmiotowe środki dowodowe, w szczególności do dostarczenia symulacji fotometrycznych w postaci obliczeń parametrów oświetleniowych dla referencyjnych geometrii montażu opraw na odcinkach ulic i dróg w odniesieniu do załączonych symulacji fotometrycznych;

-wezwania do złożenia przedmiotowych i podmiotowych środków dowodowych do Wieleba sp. z o.o - na fakt: zwrócenia się do Wieleba sp. z o.o o przedmiotowe środki dowodowe, w szczególności do dostarczenia symulacji fotometrycznych w postaci obliczeń parametrów oświetleniowych dla referencyjnych geometrii montażu opraw na odcinkach ulic i dróg w odniesieniu do załączonych symulacji fotometrycznych;

-odpowiedzi Energosieci Podkarpacie sp. z o.o na ww. wezwanie na fakt: danych technicznych przedstawionych przez Energosieci Podkarpacie sp. z o.o w symulacji fotometrycznych w postaci obliczeń parametrów oświetleniowych dla referencyjnych geometrii montażu opraw na odcinkach ulic i dróg w odniesieniu do załączonych symulacji fotometrycznych;

- odpowiedzi Wieleba sp. z o.o na ww. wezwanie - na fakt: danych technicznych przedstawionych przez Wieleba sp. z o.o w symulacji fotometrycznych w postaci obliczeń parametrów oświetleniowych dla referencyjnych geometrii montażu opraw na odcinkach ulic i dróg w odniesieniu do załączonych symulacji fotometrycznych;

- oferty Energosieci Podkarpacie sp. z o.o - na fakt: niespełnienia przez oferowane oprawy minimalnych wymagań technicznych określonych w opisie przedmiotu zamówienia;

- oferty Wieleba sp. z o.o - na fakt: niespełnienia przez oferowane oprawy minimalnych wymagań technicznych określonych w opisie przedmiotu zamówienia;

oraz dodatkowo z dowodu w postaci korespondencji email z 25 i 27 października 2024r.;

- zapytania odwołującego do p. Szymona Szmich jako domniemanego autora symulacji fotometrycznych DIALUX będących załącznikiem do SWZ, na jakiej podstawie ocenił i zarekomendował wybór oferty Energosieci Podkarpacie sp. z o.o. oraz Wieleba sp. z o.o. jako zgodnych z wymaganiami w zakresie przedmiotowych środków dowodowych, które w ocenie odwołującego w sposób jednoznaczny nie spełniają warunków postawionych przez zamawiającego; zawierającego również informację o zaskarżeniu wyboru

- odpowiedzi potwierdzającej autorstwo załącznika do SWZ w postaci symulacji fotometrycznych DIALUX oraz wkładu technicznego do dokumentacji Postępowania i zawierającej wskazanie kierowania zapytań do zamawiającego, oraz informację o przekazaniu zamawiającemu wskazania, że przedmiotowe środki dowodowe wskazanych w zapytaniu spółek nie spełniają wymogów określonych w dokumentacji postępowania, uwzględniając odpowiedzi na pytania z 16.09.2024r. gdzie wskazano parametry świetlne tj. skuteczność świetlna powinna być nie niższa niż ta wskazana w symulacjach fotometrycznych potwierdzona certyfikatem ENEC + oraz być spełniona dla temperatury $t_q=25$ stopni, natomiast wymagany zakres temperatury pracy dla oprawy powinien wynosić 50 stopni. Podkreślił też, że „wymagane potwierdzenia spełnienia powyższych parametrów nie zostały w ogóle złożone w ramach przedmiotowego postępowania”. Email wskazuje, że w załączeniu przesłane zostały odwołującemu oceny ofert, które nie zostały jednak przedłożone – na fakt niezgodności ofert z warunkami zamówienia.

W związku z wezwaniem zamawiającego do zgłoszenia przystąpienia i udostępnieniem kopii odwołania, co miało miejsce 15 października 2024 r., przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia:

- 17 października 2024 r. Energosieci Podkarpacie sp. z o.o. Głogów Małopolski którego oferta została oceniona i wybrana jako najkorzystniejsza

- 18 października 2024 r. Wieleba sp. z o.o. Borownica, którego oferta uplasowała się na drugim miejscu (dalej także przystępujący).

Izba wobec zachowania terminu i wykazania spełniania przesłanek z art. 525 Ustawy uznała zgłoszenie przystąpień za skuteczne.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Przystępujący popierali stanowisko zamawiającego w zakresie dotyczącym ich ofert.

Izba oparła się na dokumentach postępowania. W odniesieniu do korespondencji email uznała ją za nieprzydatną dla rozstrzygnięcia wobec tego, że wskazywała wyłącznie, że osoba trzecia wskazała, że dokonała oceny ofert, bez wskazania na czym ocena polegała, jaki był jej zakres, do jakich konkretnie warunków się odnosiła i w jaki sposób były one sformułowane.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału w sprawie w postaci dokumentacji postępowania (szczegółności SWZ, udzielonych na pytania do SWZ wyjaśnień zamawiającego, ofert przystępujących i przedmiotowych środków dowodowych) z uwzględnieniem stanowisk stron i uczestników Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co niżej opisano.

Na wstępie izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Ustawy, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oceniła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów Ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Ustawy.

Izba uznała zarzuty za nieudowodnione i oddaliła odwołanie. Odwołujący nie wykazał niezgodności ofert z SWZ, w tym również z uwzględnieniem udzielonych na pytanie do SWZ wyjaśnień zamawiającego.

Izba uznała, że twierdzenia procesowe przystępujących i zamawiającego znajdują oparcie w dokumentach postępowania oraz nie stwierdziła naruszenia przepisów zachowaniem zamawiającego wobec tego, że okoliczności, na których opierały się zarzuty nie znalazły odzwierciedlenia w dokumentach postępowania a odwołujący nie przedłożył dowodów wystarczających do wykazania zasadności zarzutów.

Izba ustaliła, że w ramach Postępowania:

1. Przedmiot zamówienia obejmował dostawę opraw świetlnych; szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określony został w załączniku do SWZ – opis przedmiotu zamówienia;
2. Zamawiający w SWZ zawarł szereg wymagań odnoszących się do opraw, w tym (w zakresie objętym zarzutami):
 - a. w załączniku nr 1A do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia wskazał, że modernizacja oświetlenia LED na terenie gminy Głogów Małopolski obejmuje (w zakresie samych opraw będących przedmiotem odwołania):
 - 80 opraw drogowych LED o mocy min.40W(+max.10%),
 - 123 opraw drogowych LED o mocy min.50W(+max.10%),
 - 197 opraw drogowych LED o mocy min, 60W(+max.10%)
 - b. w załączniku nr IB do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia zawarł wymagania podstawowe względem opraw oświetleniowych i w pkt. 15 wskazał, że „Skuteczność świetlna opraw, rozumiana jako strumień świetlny emitowany przez oprawę z uwzględnieniem wszelkich występujących strat do całkowitej energii zużywanej przez oprawę, jako system nie może być gorsza niż 160 lumenów/W.* (...) *Minimalne wymagane parametry które muszą być ujęte w kartach technicznych lub innych dokumentach informacyjnych zawierające parametry techniczne oferowanych opraw oświetleniowych LED obejmujące informacje potwierdzające spełnianie przez urządzenia wymagane parametry które należy złożyć wraz z ofertą (jako przedmiotowe środki dowodowe)”
3. Zamawiający na pytanie: „Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wymaga minimalnych parametrów opraw w tym skuteczności świetlnej nie gorszej niż 160 lumenów/W oraz zakresu temperatury pracy opraw: min. - 30°C do + 50°C. Parametry te są od siebie zależne w taki sposób, że ze wzrostem temperatury spada skuteczność świetlna opraw. Czy Zamawiający poprzez określenie temperatury pracy opraw w zakresie min. - 30°C do + 50°C, oczekuje że proponowane przez Wykonawcę oprawy zostały przebadane w skrajnej temperaturze otoczenia (tq) + 50°C, i dla tej wartości temperatury otoczenia uzyskały podczas badania minimalne parametry określone przez Zamawiającego takie jak np. skuteczność świetlna, co zostanie potwierdzone certyfikatem ENEC+ ?” odpowiedział, że: „Zamawiający informuje, że parametry świetlne tj. skuteczność świetlna powinna być nie niższa niż ta wskazana w symulacjach fotometrycznych potwierdzona certyfikatem ENEC + oraz być spełniona dla temperatury tq = 25 stopni, natomiast wymagany zakres temperatury pracy dla oprawy powinien

wynosić 50 stopni” Izba stwierdza, że celem udzielonej odpowiedzi było rozwianie wątpliwości, co do warunków, w jakich przebadane mają zostać oprawy. Pytanie, a tym samym nie wskazująca jednoznacznie na wolę zamawiającego modyfikacji SWZ w zakresie minimalnego wymagania co do skuteczności świetlnej opraw określonego w pkt. 15 załącznika 1B do SWZ odpowiedź odnosi się więc do kwestii warunków badania opraw (temperatury) i nie stanowi jednoznacznego wskazania zmiany warunku w postaci minimalnej skuteczności świetlnej określonego w pkt. 15 załącznika 1B;

4. Zamawiający w załączniku 1B pkt. 3 wymagał: „Układ zasilający ma zabezpieczać źródło światła przed przepięciami o napięciu co najmniej 10kV.” Jednak nie wskazał tak jak w stosunku, do niektórych wymagań z załącznika 1B wymogu potwierdzenia spełnienia tego wymogu przedmiotowymi środkami dowodowymi w tym kartami katalogowymi lub innymi dokumentami;
5. Zamawiający w załączniku 1B pkt 10 wymagał zapewnienia regulacji kąta oprawy, zamawiający nie definiował ograniczenia kąta w wymaganiach dotyczących obliczeń fotometrycznych
6. Zamawiający w SWZ rozdział X wskazał, że na podstawie art. 106 ust. 1 Pzp żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą, na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania w postaci (w zakresie objętym zarzutami):
„a) kart technicznych/katalogowych lub inne dokumenty informacyjne producenta zawierające parametry techniczne oferowanych opraw oświetleniowych LED obejmujące informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w Załączniku nr 1 do SWZ w zakresie wymagań podstawowych tj. poz. 1, 15, 18, 19, 22, 23: (podpisane przez producenta lub uprawnionego przedstawiciela producenta lub podmiot uprawniony do reprezentowania producenta lub dystrybutora urządzeń) (...) b) (...) Deklaracja CE proponowanych opraw LED, c) (...) d) Certyfikat ENEC+ lub równoważny potwierdzający zgodności oferowanych opraw oświetleniowych z normami europejskimi: EPRS 003:2018-05 lub równoważną, opartą na EN 62722-2-1:2016 lub równoważną, w zgodności z przedłożonym certyfikatem ENEC, wydany przez jednostkę oceniającą zgodność w rozumieniu art. 105 ust. 2 ustawy Pzp lub niezależną od wykonawcy jednostkę certyfikującą posiadającą akredytację ISO 17065 lub równoważną (fakt posiadania przez jednostkę certyfikującą akredytacji ISO 17065 lub równoważnej może wynikać z treści wystawionego dokumentu lub wykonawca zobowiązany jest to udokumentować odrębnym dokumentem; e) (...) f) Symulacji fotometrycznych w postaci obliczeń parametrów oświetleniowych dla referencyjnych geometrii montażu opraw na odcinkach ulic i dróg w odniesieniu do załączonych symulacji fotometrycznych, należy zaznaczyć że to na Wykonawcy ciąży obowiązek udokumentowania i przedstawienia w postaci raportu z obliczeń fotometrycznych symulacji w formacie pdf. (zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ)”
7. Symulacje fotometryczne referencyjne stanowiące załącznik do SWZ wykonane zostały dla opraw o mocach minimalnych opisanych SWZ załącznik 1a tj. 40W, 50W i 60W
8. SWZ nie zawierał zapisów wyłączających możliwość wprowadzania innych od wskazanych w symulacjach referencyjnych danych wsadowych dotyczących mocy opraw ani kątów nachylenia wysięgnika do symulacji wykonawców; jednocześnie graniczne dopuszczalne wartości mocy opraw 40, 50 oraz 60 W plus 10% (załącznik 1A pkt 1.1)) i kątów nachylenia wysięgnika wskazując jedynie na konieczność zachowania jego ruchomości (załącznik 1B pkt 10)
9. Energosieci Podkarpacie sp. z o.o. zaoferowała oprawy:
 - UniStreet gen2 MicroBGP281 o mocy 62W i skuteczności świetlnej 160 lm/W,
 - UniStreet gen2 MicroBGP281 o mocy 55W i skuteczności świetlnej 160 lm/W,
 - UniStreet gen2 MicroBGP281 o mocy 42,5 W i skuteczności świetlnej 162 lm/W,co potwierdzają złożone karty katalogowe oraz certyfikaty ENEC +
Wykonawca złożył sporządzone w oparciu o symulacje referencyjne – swoje symulacje fotometryczne, które wykonane zostały nie dla mocy z symulacji referencyjnych lecz dla mocy zaoferowanych w ofercie opraw tj. 42,5W, 55W, 62W; kąty nachylenia opraw w symulacjach dostosowane zostały celem uzyskania wymaganego SWZ zakresu fotometrii (którą to ostatnią okoliczność izba ustaliła biorąc pod uwagę treść symulacji referencyjnych i wykonawców oraz uwzględniając wyjaśnienia zamawiającego i przystępujących);
10. Wieleba sp. z o.o. zaoferowała oprawy:
 - LUXA DOS o mocy 66W i skuteczności świetlnej 165 lm/W,
 - LUXA DOS o mocy 55W i skuteczności świetlnej 165 lm/W,
 - LUXA DOS o mocy 42 W i skuteczności świetlnej 165 lm/W,co potwierdzają złożone karty katalogowe oraz certyfikaty ENEC +
Wykonawca złożył również sporządzone w oparciu o symulacje referencyjne – swoje symulacje fotometryczne które wykonane zostały nie dla mocy symulacji referencyjnych ale dla mocy zaoferowanych w ofercie opraw tj.

66W, 55W, 42W; kąty nachylenia opraw w symulacjach dostosowane zostały celem uzyskania wymaganego SWZ zakresu fotometrii (którą to ostatnią okoliczność Izba ustaliła biorąc pod uwagę treść symulacji referencyjnych i wykonawców oraz uwzględniając wyjaśnienia zamawiającego i przystępujących)

11. Mając na uwadze powyższe zamawiający uznał, że oferty są zgodne z warunkami postępowania.

Zarzuty sprowadzały się do:

- a) wskazania, że minimalne parametry techniczne opisane zostały w SWZ;
- b) przywołania odpowiedzi na pytanie do SWZ z konstatacją, że ocena ofert odbywać powinna się z jego uwzględnieniem oraz
- c) wskazania dla każdej z opraw odrębnie innej wartości minimalnej skuteczności świetlnej jaka według odwołującego zgodnie z odpowiedzią na pytanie do SWZ powinna zostać zastosowana do oceny spełnienia parametru technicznego oferowanej oprawy:

Energosieci Podkarpacie sp. z o.o.:

- co najmniej 182,2 lm/W dla oprawy o mocy 40W,
- co najmniej 182,6 lm/W dla oprawy o mocy 50W,
- co najmniej 183,7 lm/W dla oprawy o mocy 60W,

Wieleba sp. z o.o.:

- co najmniej 182,2 lm/W dla oprawy o mocy 40W,
- co najmniej 182,6 lm/W dla oprawy o mocy 50W,
- co najmniej 183,7 lm/W dla oprawy o mocy 60W,

przy czym odwołujący nie wyjaśnił ani nie przedstawił sposobu wyliczenia ani źródła postulowanych wartości, co uczyniło dane te nieweryfikowalnymi (Odwołujący nie wyjaśnił sposobu wyliczenia wskazywanych wartości, ani nie przedłożył w tym zakresie dowodu):

d) porównania powyższych danych z parametrami produktów oferowanych przez przystępujących i stwierdzenia ich niezgodności z SWZ w zakresie minimalnej skuteczności świetlnej wymaganej przez zamawiającego.

Dalej odwołujący wskazał, że:

- wykonane i przedłożone przez wykonawców symulacje fotometryczne wykonane zostały dla większych od referencyjnych mocy opraw, co stanowi o niezgodności produktów z dokumentami zamówienia;
- symulacje fotometryczne złożone przez wykonawców wykonane zostały dla innych od tych z symulacji referencyjnych kątów nachylenia, co stanowi o niezgodności produktów z dokumentami zamówienia.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 239 ust. 1 zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 16 zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że równe traktowanie nie jest celem samym w sobie, lecz instrumentem rozpatrywanym w świetle rezultatów, do jakich ma doprowadzić. Wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezgodność ta musi mieć charakter zasadniczy oraz nieusuwalny, a to ze względu na przewidziany w art. 223 ust. 2 obowiązek zamawiającego polegający na poprawieniu w ofercie omyłek także tych polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Niezgodność powinna dotyczyć sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentach zamówienia oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę, bądź może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami dokumentów zamówienia, dotyczącymi zwłaszcza sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymaganiami co do treści oferty, a nie wymaganiami co do jej formy.

W świetle art. 226 ust. 1 pkt. 5 zamawiający uprawniony jest do odrzucenia oferty, wyłącznie jeżeli możliwe jest uchwycenie określonej niezgodności pomiędzy ofertą wykonawcy lub jego określonym oświadczeniem / informacją a warunkami zamówienia, które zostały skonkretyzowane, skwantyfikowane i jednoznacznie ustalone przez zamawiającego lub wynikają z przepisu prawa, który zgodnie z wolą zamawiającego lub z mocy prawa stosuje się do wykonawcy. Podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości. Zamawiający nie może też wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy z faktu niespełnienia przez niego wymagań, których w dokumentach zamówienia jednoznacznie nie określono. Zasadą jest, że nieprecyzyjne postanowienia SWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców.

W niniejszym przypadku, postanowienie SWZ wskazujące na minimalną wartość skuteczności świetlnej są jednoznaczne. Treść pytania do SWZ i udzielonej nań odpowiedzi w zestawieniu z referencyjną symulacją nie kreuje jednoznacznie nowego, innego wymagania w tym zakresie. Może jedynie wprowadzać pewną wątpliwość, co do rzeczywistej woli zamawiającego, co do oczekiwań względem oferowanych produktów i sposobu kalkulacji skuteczności świetlnej. Udzielenie odpowiedzi służyć miało wyjaśnieniu wątpliwości określonych pytaniem, które dotyczyło warunków, w jakich przeprowadzane miały być badania (tego w jakiej temperaturze powinny być zrealizowane). Z treści pytania ani odpowiedzi nie sposób jednoznacznie wywieść, że celem zamawiającego było zredefiniowanie minimalnego wymagania z pkt 15 załącznika 1B. Ta okoliczność musi być brana pod uwagę przy ocenie treści wymagań SWZ oraz zasady, że co do zasady wyłącznie zapisy, które mają charakter jednoznacznych stanowić mogą podstawę stwierdzenia niezgodności z SWZ oferowanego produktu i w konsekwencji stać się podstawą odrzucenia oferty. Wyjaśnienie w świetle treści zapytania może co najwyżej rodzić wątpliwość, co do rzeczywistej woli zamawiającego sformułowania wymagania. Stąd zarzut podlegał oddaleniu. W zakresie pozostałych dwóch warunków Izba stwierdza, że **SWZ nie wprowadzał twierdzonych odwołaniem treści, co więcej wyraźnie dopuszczał oferowanie opraw o większej mocy a także nie definiował ograniczenia kąta w wymaganiach dotyczących obliczeń fotometrycznych. Stąd kwestionowane odwołaniem dane mogły znaleźć się w symulacjach, które odnoszą się do oferowanego a nie referencyjnego produktu. Zgodność produktów w zakresie parametrów potwierdzały też w wymaganym SWZ zakresie złożone przez przystępujących przedmiotowe środki dowodowe.**

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu” zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W ocenie Izby w niniejszej sprawie odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 i 574 Ustawy oraz § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego oraz koszty postępowania poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocników.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....