

WYROK

Warszawa, dnia 18 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2024 roku przez odwołującego wykonawcę: A.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PRO-INSTAL A.J.

#x200eul. Forteczna 2, 18-421 Piątnica Poduchowna w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Łomża

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy: **S.O. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą INSBUD S.O., ul. Bielna 6G, 18-400 Łomża**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę: A.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PRO-INSTAL A.J.
ul. Forteczna 2, 18-421 Piątnica Poduchowna i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: A.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PRO-INSTAL A.J. ul. Forteczna 2, 18-421 Piątnica Poduchowna tytułem wpisu od odwołania, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego: Miasto Łomża tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: A.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PRO-INSTAL A.J. ul. Forteczna 2, 18-421 Piątnica Poduchowna na rzecz zamawiającego: Miasta Łomży kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów stanowiących wynagrodzenie 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

Zamawiający – Miasto Łomża prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Poprawa efektywności energetycznej oświetlenia ulicznego w mieście Łomża w ramach projektu „Łomża – Miasto, w którym żyję i pracuję”, numer referencyjny: WGK.271.1.2024, (zwane dalej „Postępowaniem”). Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) (dalej jako „ustawa” lub „ustawa Pzp”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2024/BZP 00080091 z dnia 30 stycznia 2024 r.

W dniu 27 lutego 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę: A.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PRO-INSTAL A.J. ul. Forteczna 2, 18-421 Piątnica Poduchowna, zwanego dalej „Odwołującym” od niezgodnych z ustawą Pzp czynności oraz zaniechań Zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez INSBUD S.O., Gielczyn ul. Bielna 6g, 18-400 Łomża (dalej także jako „INSBUD”), jako niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy analiza treści złożonej przez tego Wykonawcę oferty, w szczególności w zakresie zaoferowanych oprav oświetleniowych wskazuje, że nie spełnia ona wymogów Zamawiającego określonych w specyfikacji warunków zamówienia;
2. a w konsekwencji wyborze oferty INSBUD S.O. jako oferty najkorzystniejszej oraz
3. zaniechaniu wyboru oferty złożonej przez PRO-INSTAL A.J. (dalej także jako „Odwołujący”) jako oferty

najkorzystniejszej.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 239 ust. 1 i ust. 2, art. 240 ust. 2 i art. 16 pkt 1) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez INSBUD pomimo, że analiza treści złożonej przez tego Wykonawcę oferty prowadzi do wniosku, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem zaproponowane przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, oprawy nie spełniają warunków zamówienia, w tym w szczególności nie gwarantują uzyskania parametrów oświetleniowych zgodnie z udostępnionymi przez Zamawiającego Obliczeniami fotometrycznymi (Załącznik Nr 3 do Specyfikacji Warunków Zamówienia), a z najdalej posuniętej ostrożności procesowej Odwołujący zarzuca zaniechanie wezwania INSBUD do wyjaśnienia treści oferty w trybie przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Naruszenie ww. przepisów ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik Postępowania, gdyż skutkowało wyborem oferty podlegającej odrzuceniu.

W oparciu o wyżej opisane zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
 - c) odrzucenia oferty złożonej przez INSBUD S.O., ewentualnie z najdalej posuniętej ostrożności procesowej, na wypadek uznania przez Izbę, że nie ma przesłanek do odrzucenia oferty wezwaniem INSBUD do wyjaśnienia treści złożonej oferty;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach Postępowania, dowodu z dokumentu w postaci ulotki rodziny produktów UniStreet gen2 producenta PHILIPS – Signify, a także ewentualnych dowodów z dokumentów przedłożonych na rozprawie, w celu wykazania okoliczności wskazanych lub wynikających z treści odwołania,
3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania według norm prawem przewidzianych, w tym kosztami zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, bowiem ma interes w uzyskaniu zamówienia objętego Postępowaniem oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia i złożył ofertę w Postępowaniu, która w przypadku odrzucenia oferty INSBUD S.O., będzie stanowiła ofertę najkorzystniejszą, co spowoduje możliwość zawarcia umowy z Odwołującym i uzyskania przez niego wynagrodzenia z realizacji zamówienia objętego Postępowaniem.

Odwołujący wykazał, że w następstwie ww. czynności i zaniechań czynności przez Zamawiającego wymaganych przepisami ustawy Pzp, może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na braku możliwości wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji niez uzyskania zamówienia, pomimo że złożona przez niego oferta jest w pełni zgodna z SWZ, a także – najkorzystniejsza w ramach ukształtowanych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert, a jedynie wadliwa decyzja Zamawiającego polegająca na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez INSBUD S.O., uniemożliwia tenże wybór.

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest dostawa opraw oświetleniowych w ramach postępowania pod nazwą „Poprawa efektywności energetycznej oświetlenia ulicznego w mieście Łomża w ramach projektu „Łomża – Miasto, w którym żyję i pracuję”.

Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą zaoferował, a co za tym idzie przy wykonywaniu dostaw objętych niniejszym postępowaniem, zamierza dostarczyć po jednym modelu opraw oświetleniowych producenta PHILIPS – Signify, nazwa i model: BGP280I (oprawa drogowa) i BDP768I (oprawa parkowa). Dodatkowo należy zaznaczyć,

że inni wykonawcy, którzy złożyli oferty obejmujące oprawy oświetleniowe tego samego producenta zaoferowali znacznie więcej modeli opraw. Przykładowo jeden z wykonawców w zakresie opraw drogowych zaoferował następujące modele:

- BGP280 LWCOLED25/730 II DM12 IACZ-4-LGR,
- BGP280 LWCOLED35/730 II DM12 IACZ-4-LGR,
- BGP280 LWCOLED50/730 II DM12 IACZ-4-LGR,
- BGP281 LWCOLED60/730 II DM11 IACZ-4-LGR,
- BGP281 LWCOLED64/730 II DM11 IACZ-4-LGR,
- BGP281 LWCOLED69/730 II DM11 IACZ-4-LGR,

- BGP281 LWCOLED70/730 II DM11 IACZ-4-LGR,
- BGP281 LWCOLED74/730 II DM11 IACZ-4-LGR,
- BGP281 LWCOLED89/730 II DM11 IACZ-4-LGR,
- BGP282 LWCOLED100/730 II DM11 IACZ-4-LGR,
- BGP282 LWCOLED109/730 II DM11 IACZ-4-LGR,
- BGP282 LWCOLED119/730 II DM11 IACZ-4-LGR,
- BGP282 LWCOLED135/730 II DM11 IACZ-4-LGR,
- BGP282 LWCOLED149/730 II DM11 IACZ-4-LGR.

Zgodnie z treścią Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 9 do SWZ) szczegółowy dobór opraw oświetleniowych należy wykonać na podstawie obliczeń fotometrycznych zgodnie z załącznikiem nr 3 do OPZ. Przedstawione obliczenia fotometryczne są wzorcowe i odnoszą się do poszczególnych sytuacji oświetleniowych. Szczegółowa charakterystyka określająca dane techniczne poszczególnej sytuacji drogowej t.j. klasa oświetleniowa, typ słupa, wysokość zawieszenia, rozstaw między słupami oświetleniowymi podana jest w zestawieniu tabelarycznym (złącznik nr 4 do opisu przedmiotu zamówienia). W obliczeniach fotometrycznych podano minimalne wartości strumienia świetlnego lampy oraz maksymalne wartości mocy opraw.

Wykonawca dla oferowanych opraw oświetleniowych typu LED zobowiązany jest wykonać obliczenia przy wykorzystaniu parametrów podanych we wzorcowych badaniach fotometrycznych oraz przy zastosowaniu oferowanej lampy, a następnie przedłożyć

je Zamawiającemu (w wersji elektronicznej) przed podpisaniem umowy. Obliczenia oraz prezentacja wyników obliczeń musi być zgodna z obliczeniami fotometrycznymi (załącznik

nr 3) w zakresie geometrii dróg i usytuowania słupów, poziomu współczynnika zapasu, parametrów rodzaju nawierzchni oraz parametrów – położenia obserwatorów. Spełnienie powyższych warunków gwarantuje możliwość uznania ich zgodności z wymogami Zamawiającego na podstawie efektu oświetleniowego uzyskiwanego w tożsamych warunkach.

W ocenie Odwołującego, oferta złożona przez INSBUD S.O. nie spełnia wymogów SWZ w zakresie w jakim wykonawca jest zobowiązany wykonać obliczenia fotometryczne dla wszystkich sytuacji oświetleniowych zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SWZ zawierającym obliczenia referencyjne.

Według strony internetowej producenta PHILIPS – Signify pod oznaczeniem BGP kryje się nazwa rodziny opraw UniStreet gen2, natomiast oznaczenia od 280 (UniStreet gen2 Nano) do 284 (UniStreet gen2 Large) to konkretne modele tych opraw.

Dowód:

- ulotka rodziny produktów UniStreet gen2

- zrzuty ekranów internetowego katalogu fotometrycznego producenta PHILIPS – Signify ()

Zgodnie z informacją producenta im wyższy numer danej oprawy oświetleniowej (danego modelu), tym większy jego rozmiar, większa moc, a także strumień świetlny. Oprawy BGP280I (UniStreet gen2 Nano), które zaoferował wykonawca „INSBUD” S.O. posiadają max. strumień świetlny ze źródeł światła 6000 lumenów. Natomiast w referencyjnych obliczeniach fotometrycznych (Załącznik nr 3 do SWZ) Zamawiający użył opraw, które posiadały strumienie świetlne ze źródeł 14715 lumenów (strumień z oprawy 12426 lumenów). Oprawy BGP280I nie spełniają również zakresów mocy i strumienia świetlnego oprawy, wskazanych w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 9 do SWZ) str. 5.

Zgodnie powyższym firma „INSBUD” S.O. zamierza dostarczyć

i zamontować oprawy oświetleniowe, których strumienie świetlne są ponad dwukrotnie niższe niż te których wymagał Zamawiający zgodnie z treścią dokumentacji Postępowania.

Nie ulega również wątpliwości, że wobec różnic w zaoferowanych oprawach tego samego producenta okoliczność ta winna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego odnośnie zgodności złożonej oferty z treścią SWZ. Co więcej Zamawiający przewidział, że wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza jest zobowiązany do przedłożenia obliczeń fotometrycznych dla zaoferowanych opraw oświetleniowych. Nie ma technicznej możliwości, aby oprawy zaoferowane przez INSBUD uzyskały parametry oświetleniowe wskazane w referencyjnych obliczeniach fotometrycznych. INSBUD w formularzu ofertowym zaoferował wyłącznie jeden model oprawy i jeżeli Zamawiający wezwałby go do przedłożenia obliczeń fotometrycznych, w celu spełnienia wymogów z SWZ INSBUD musiałby zastosować również inne rozmiary opraw. W konsekwencji już po wyborze najkorzystniejszej oferty doszłoby do zmiany jej treści względem tej złożonej na etapie wyboru. Z prawa zamówień publicznych nie wynika możliwość, aby po etapie badania i oceny ofert czy też już po wyborze oferty najkorzystniejszej możliwa byłaby zmiana złożonej oferty. Wręcz przeciwnie

co do zasady oferta jest niezmiennalna (z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie - art. 223 ustawy Pzp) i stanowi w swojej zasadniczej treści essentialia negotii zawieranej umowy. Co za tym idzie nie jest możliwa zamiana oferty -

przedmiotu świadczenia - po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, którą zgodnie z przepisem art. 239 ust. 2 ustawy Pzp jest oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Niedopuszczalne oraz niezgodne z ustawą Pzp jest zatem dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty po dokonaniu jej wyboru przez Zamawiającego. Wobec powyższego oferta taka, jako niespełniająca wymogów SWZ winna zostać przez Zamawiającego odrzucona.

Za powyższym przemawia przede wszystkim fakt, że dane techniczne opraw oświetleniowych są powszechnie dostępne i wobec braku obowiązku przedkładania przez wykonawców danych technicznych oferowanych opraw, Zamawiający winien był zweryfikować czy oferowane produkty są zgodne z SWZ we własnym zakresie. Tym bardziej, że jak wskazano powyżej, inni wykonawcy, którzy złożyli oferty w Postępowaniu zawierające oprawy tego samego producenta zaoferowali o wiele szerszy katalog opraw. Nie ulega ponadto wątpliwości, że oferowane oprawy (rodzaj, model etc) stanowią istotny czynnik cenotwórczy, a w niniejszym Postępowaniu ich cena stanowiła kryterium oceny ofert. Gdyby zatem INSBUD zaoferował oprawy zgodne z treścią SWZ niewykluczone, że jego oferta nie byłaby już najkorzystniejsza.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej odrzucenie oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. W okolicznościach niniejszej sprawy, jak wynika z treści niniejszego odwołania, INSBUD zaoferował oprawy oświetleniowe, których strumienie świetlne są ponad dwukrotnie niższe niż te których wymagał Zamawiający zgodnie z treścią dokumentacji Postępowania. W celu wykazania powyższego Odwołujący porównał formularz ofertowy oraz parametry techniczne opraw powszechnie dostępne na stronie internetowej producenta z treścią Załącznika nr 3 do treści SWZ.

Co istotne Zamawiający nie może bezkrytycznie podchodzić do informacji pozyskanych w trakcie prowadzonego postępowania, nawet w przypadku, gdy okoliczności o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia nie wynikają z obowiązkowych dokumentów wymaganych przez zamawiającego. Każda informacja musi być przez zamawiającego zbadana, aby wykluczyć błędy w wyborze oferty najkorzystniejszej. Często bowiem o wadliwości oferty zamawiający dowiadują się czy to z informacji przekazywanych przez innych wykonawców czy też z zarzutów stawianych w odwołaniach. Celem nadrzędnym jest bowiem wybór oferty zgodnej z warunkami zamówienia, a nie ewentualne sanowanie jej błędów na późniejszym etapie, czy to przed zawarciem umowy czy też już po zawarciu umowy w trakcie jej realizacji. Takie działanie wypaczałoby bowiem zasadę uczciwej konkurencji (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2023 roku, KIO 832/23).

W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający winien co najmniej wezwać INSBUD do złożenia wyjaśnień treści oferty z uwagi na podniesione powyżej okoliczności, chociaż wniosek ten sformułowany jest z najdalej posuniętej ostrożności procesowej albowiem w ocenie Odwołującego oferta INSBUD jest na tyle wadliwa (a wadliwości nie da się sanować w drodze wyjaśnień), że winna podlegać odrzuceniu na podstawie przepisu art. 226 pkt 5 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi i wywodzi jak na wstępie.

W dniu 1 marca 2024 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca S.O. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „INSBUD” S.O., ul. Bielna 6G, 18-400 Łomża, zwaną dalej „Przystępującym”, wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 13 marca 2024 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że: *Oferta Wykonawcy „INSBUD” S.O. (dalej jako „Przystępujący”) w ocenie Zamawiającego jest zgodna ze wszystkimi warunkami zamówienia i nie ma podstaw do jej odrzucenia. Przystępujący w ramach postępowania złożył prawidłowo uzupełniony formularz ofertowy, podając nazwę producenta, nazwę i model oprawy tj. oprawa drogowa BGP280I oraz oprawa parkowa BDP768I. Następnie Przystępujący dostarczył niezbędne obliczenia fotometryczne (wymagane zgodnie z zapisami OPZ przed podpisaniem umowy), które zostały wykonane na modelach opraw oświetleniowych (oprawy drogowe i parkowe) wskazanych w formularzu ofertowym. Dostarczone obliczenia fotometryczne potwierdzają spełnianie warunków zamówienia, tj. oferowane oprawy i parametry przez nie osiągnane są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia.*

Następnie Zamawiający wyjaśniał, że Zamawiający nie wymagał wskazania w ofercie jakie oprawy w jakiej lokalizacji zostaną zamontowane, a tylko taka informacja stanowiłaby podstawę do ewentualnego stwierdzenia niezgodności oferowanych opraw z wymaganiami określonymi w SzOPZ co do strumieni świetlnych. Należy także podkreślić, że Odwołujący także nie określił jakie oprawy w jakiej lokalizacji zostaną przez niego zamontowane. (...) Zamawiający nie

zgadza się z przedstawioną w odwołaniu oceną, jakoby Przystępujący w ten sposób „(...) zaoferował, a co za tym idzie przy wykonywaniu dostaw objętych niniejszym postępowaniem, zamierza dostarczyć po jednym modelu opraw oświetleniowych producenta PHILIPS – Signify, nazwa i model: BGP280I (oprawa drogowa) i BDP768I (oprawa parkowa).” – jeśli rozumieć tę ocenę w taki sposób, że wszystkie oprawy drogowe pod wskazanym kodem BGP280I miałyby być identyczne i mieć identyczne parametry. Zamawiający wskazuje przy tym, że karta katalogowa załączona do odwołania („Załącznik nr 5 ulotka rodziny produktów”) nie wskazuje kodu BGP280I co do modelu oprawy (jak w ofercie Przystępującego), natomiast zbliżonego kodu BGP280 używa w przypadku aż 25 różnych typów opraw, o różnych parametrach technicznych. Zamawiający wywodzi stąd wniosek, że użyte w ofercie określenie kodowe BGP280I nie może być przypisywane wyłącznie do jednego typu produktu, o jednolitej charakterystyce technicznej. W świetle specyfikacji przedmiotu zamówienia przyjmowanie założenia czy interpretacji, że oferent zamierza we wszystkich lokalizacjach zamontować takie same oprawy o jednakowych parametrach jest w oczywisty sposób bezpodstawne i błędne.

W dniu 13 marca 2024 roku Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym przedstawił argumentację wobec zarzutów odwołania.

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

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 roku, poz. 1610 ze zm.) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2024 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 22 lutego 2024 roku.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba za skuteczne uznała zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę S.O. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą INSBUD S.O., ul. Bielna 6G, 18-400 Łomża w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła:

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

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

Podstawowy i zarazem główny zarzut odwołania sprowadza się do naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo tego,

że analiza jej treści prowadzi do wniosku o niezgodności oferty z warunkami zamówienia, bowiem oferowane oprawy nie gwarantują uzyskania parametrów oświetleniowych zgodnie

z udostępnionymi przez Zamawiającego obliczeniami fotowoltaicznymi. Zgodnie bowiem

z treścią art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Według Odwołującego niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia polega na tym, że strumienie świetlne

w oferowanych oprawach są ponad dwukrotnie niższe niż te, których wymagał Zamawiający w dokumentacji zamówienia.

Analiza dokumentacji postępowania, w tym formularza ofertowego oraz dowodów złożonych przez Przystępującego wykazała, że Przystępujący zaoferował oprawy drogowe określone jako: BGP280I.

Pod nazwą BGP280I zgodnie z wyjaśnieniami Przystępującego złożonymi na wezwanie Zamawiającego oraz załączoną do nich kartą katalogową kryje się rodzina opraw drogowych UniStreet GEN 2 BGP280I (a nie konkretny model oprawy), z których Przystępujący zamierza skorzystać realizując zamówienie. Z załączonej karty katalogowej wynika także (co

również potwierdzają dowody złożone przez Odwołującego w postaci kart katalogowych), że w ramach opraw UniStreet GEN 2 BGP280I znajdują się oprawy o kodzie rodziny: BGP281/BGP282. Sam Odwołujący podnosi w odwołaniu, że rodzina ta obejmuje również oprawy o kodach od 280 do 284. Z treści karty nie wynika również, jakie oznaczenie jest właściwe dla konkretnego modelu oprawy w ramach oferowanej rodziny, bowiem karta posługuje się sformułowaniem: „typy oprawy” a nie „modele oprawy”.

W powyższych okolicznościach, w ocenie Izby z uwagi na wymóg Zamawiającego odnoszący się wyłącznie do wskazania w formularzu ofertowym jednie producenta, nazwy i modelu oprawy, przy braku dookreślenia co Zamawiający rozumie przez model, wskazanie przez Przystępującego Producenta opraw: jako PHILIPS – Signify oraz podanie: Nazwa i model oprawy: BGP280I było uprawnione. Z żadnego bowiem postanowienia SWZ nie wynikał obowiązek przedstawienia w ofercie ilości i typów opraw, które przyjął wykonawca w celu spełnienia wszystkich wymaganych sytuacji oświetleniowych

Przystępujący jak sam wyjaśnił podał nazwę modelu dla grupy opraw z rodziny BGP280I a nie nazwę dla pojedynczego modelu. Zaoferował produkty marki PHILIPS-Signify model BGP280I (oprawy drogowe). Symbol ten obejmuje kilka konkretnych typów opraw z rodziny UniStreet Gen2, której pełne spektrum produktów przedstawia ulotka załączona przez Odwołującego do odwołania. Odnosi się ona do różnego rodzaju opraw, z których Odwołujący wybrał jedną, na potrzeby tezy o sprzeczności oferty z SWZ. O wadliwości tego wskazania najlepiej świadczy jednak to, że wspomniana karta nie wymienia modelu BGP280I, który widnieje w formularzu oferty Przystępującego

W ocenie Izby Odwołujący błędnie przyjął (co podtrzymał podczas rozprawy), że symbol BGP 280I dotyczy konkretnego modelu oprawy, który nie spełnia wymagań Zamawiającego, a nie grupy czy rodziny opraw, których odpowiednia konfiguracja pozwala

na spełnienie wymogu dotyczącego zakresów mocy i strumienia świetlnego. Takie wnioski wynikają również wprost z dowodów złożonych przez Odwołującego. Co więcej, żaden z nich nie wskazuje na istnienie konkretnego modelu oprawy o symbolu BGP 280I i parametrach podnoszonych przez Odwołującego. Analiza dowodów nr 5, 6 i 7 również nie potwierdza zasadności stanowiska Odwołującego. Dowody nr 5, 6 i 7 nie są kartami technicznymi

lub katalogowymi potwierdzającymi parametry dla konkretnego modelu, lecz stanowią wydruk z wyszukiwarki na stronie producenta, gdzie pod wskazanym kodem referencyjnym pojawia się lista przedstawiająca różne wartości LED. Nie sposób zatem na ich podstawie przypisać produktowi o danym kodzie referencyjnym konkretnych wartości. Trudno również wnioskować, że podany kod referencyjny stanowi potwierdzenie dla istnienia konkretnego modelu oprawy

i jego parametrów, skoro w wyszukiwarce pojawia się kilka różnych wartości LED. Co najwyżej można uznać, że kod referencyjny wskazuje na pewną grupę produktów o różnych wartościach LED, którą wyszukiwarka przypisała do podanego kodu. Ponadto, należy zwrócić uwagę, że dowody te są złożone w języku angielskim bez ich tłumaczenia, natomiast zgodnie z art. 506 ust. 2 Pzp wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski.

Podsumowując powyższe rozważania, zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, że oferowane przez Przystępującego oprawy oświetleniowe o nazwie BGP 280I to konkretny model oprawy, którego parametry nie są zgodne z parametrami określonymi w warunkach zamówienia.

Wymaga podkreślenia, że Odwołujący nie zarzucił Przystępującemu braku wskazania nazwy i modelu oprawy zgodnie z treścią warunków zamówienia, tj. braku podania nazwy dla oferowanego modelu oprawy (a nie dla grupy opraw), a jedynie zarzucił to, że oferowane oprawy są niezgodne z warunkami zamówienia.

Biorąc pod uwagę, że wskazany przez Przystępującego symbol odnosi się do grupy opraw z rodziny BGP 280I (a nie modelu jednej oprawy), których odpowiednia konfiguracja pozwala na spełnienie wymagań Zamawiającego co do mocy i strumienia świetlnego, zarzut podniesiony przez Odwołującego należy uznać za niezasadny.

Z uwagi na powyższe, nie można się również zgodzić z Odwołującym, że realizacja zamówienia przez Przystępującego z zastosowaniem opraw należących do rodziny opraw zaoferowanych w ofercie, tj. z rodziny BGP 280I, będzie zmianą treści oferty. Podkreślenia wymaga, że oferta odnosi się do symbolu należącego do rodziny opraw, zatem zastosowanie opraw należących do tej rodziny, będzie wpisywało się w treść złożonej oferty i będzie z nią zgodne.

Izba oddaliła zarzut zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp, bowiem Zamawiający takie wyjaśnienia przeprowadził 27 lutego 2024. Ponadto Odwołujący nie doprecyzował w jakim zakresie i celu wyjaśnienia miałyby być złożone.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 239 ust. 1 i ust. 2, art. 240 ust. 2 i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na brak

uzasadnienia faktycznego wobec nieprawidłowo zastosowanych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert, zarzuty nie mogły zostać uwzględnione.

Izba nie odniosła się do zarzutów podniesionych podczas rozprawy dotyczących niezgodności w złożonych przez Przystępującego obliczeniach fotowoltaicznych w stosunku do wymagań wskazanych w warunkach zamówienia, z uwagi na brak takich zarzutów w treści odwołania. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) oraz § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: