

Sygn. akt: KIO 1225/23

WYROK
z dnia 17 maja 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszkiewicz

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 maja 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 maja 2023 roku** przez wykonawcę **A.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A.M. Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe "Mado"**(Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **GINA PŁONIAWY-BRAMURA** przy udziale wykonawcy **ELEKTRO-PERFEKT R.K., W.K. Spółka Cywilna**głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty złożonej przez **ELEKTRO-PERFEKT R.K., W.K. Spółka Cywilna**uwagi na to, że treść złożonej przez tego wykonawcę oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego GMINĘ PŁONIAWY-BRAMURA, w następujący sposób:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - A.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A.M. Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe "Mado"** tytułem wpisu od odwołania,

b) zasądza od **Zamawiającego – GMINY PŁONIAWY-BRAMURA** ~~na rzecz~~ **Odwołującego - A.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A.M. Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe "Mado"** kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) na niniejszy wyrok -

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

Przewodnicząca:

.....

Sygn. akt KIO 1225/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: GMINA PŁONIAWY-BRAMURA (dalej: „Zamawiający”), prowadzi postępowania o udzieleni zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) o wartości nieprzekraczającej progów unijnych na Modernizację i budowę oświetlenia drogowego na terenie Gminy Płoniawy-Bramura, numer referencyjny: OR.SI.271.2.2023, ogłoszonego w dniu 23 lutego 2023 r., Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2023/BZP 00108568/01, w dniu 23 lutego 2023 r.

Dnia 2 maja 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.; dalej jako: „Pzp”) odwołanie złożył Wykonawca A.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą A.M. Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe "Mado" (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez ELEKTRO-PERFEKT ROBERT KRASSOWSKI WOJCIECH KULAS SPÓŁKA CYWILNA jako niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy analiza treści złożonej przez tego Wykonawcę oferty, w szczególności w zakresie możliwości regulacji wskazuje, że nie spełnia ona wymogów Zamawiającego określonych w specyfikacji warunków zamówienia, w tym w programie funkcjonalno – użytkowym;
- 2.a w konsekwencji wyborze oferty ELEKTRO-PERFEKT ROBERT KRASSOWSKI WOJCIECH KULAS SPÓŁKA CYWILNA jako oferty najkorzystniejszej oraz

3. zaniechaniu wyboru oferty złożonej przez A.M. Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe MADO jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) 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) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ELEKTRO-PERFEKT ROBERT KRASSOWSKI WOJCIECH KULAS SPÓŁKA CYWILNA pomimo, że analiza przedmiotowych środków dowodowych oraz wyjaśnień z dnia 17 kwietnia 2023 roku złożonych przez tego wykonawcę prowadzi do wniosku, że treść przedmiotowej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem zaproponowane przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, oprawy nie spełniają warunków zamówienia, nadto ELEKTRO-PERFEKT ROBERT KRASSOWSKI WOJCIECH KULAS SPÓŁKA CYWILNA nie wykazała równoważności przyjętych rozwiązań w zakresie projektu oświetleniowego, zgodnie z pkt 5 Programu Funkcjonalno – Użytkowego oraz parametrów dla opraw oświetleniowych wskazanych w pkt 5.1. Programu Funkcjonalno – Użytkowego (np. Deklaracja środowiskowa potwierdzona przez uprawnioną jednostkę badawczą).

Odwołujący wnosil o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
 - c) odrzucenia oferty złożonej przez ELEKTRO-PERFEKT ROBERT KRASSOWSKI WOJCIECH KULAS SPÓŁKA CYWILNA
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, 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 odwołania, bowiem ma interes w uzyskaniu zamówienia objętego postępowaniem oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów Pzp przez Zamawiającego. Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia w postępowaniu i złożył ofertę w postępowaniu, która w przypadku odrzucenia oferty ELEKTRO-PERFEKT ROBERT KRASSOWSKI WOJCIECH KULAS SPÓŁKA CYWILNA, będzie stanowiła ofertę najkorzystniejszą, co spowoduje możliwość zawarcia umowy w postępowaniu 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 Pzp, Odwołujący może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na braku możliwości wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji niezyskania 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 ELEKTRO-PERFEKT ROBERT KRASSOWSKI WOJCIECH KULAS SPÓŁKA CYWILNA, uniemożliwia tenże wybór.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, bowiem zostało ono wniesione w terminie 5 dni od dnia 24 kwietnia 2023 r., tj. od opublikowania przez Zamawiającego na stronie internetowej postępowania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. złożonej przez ELEKTRO-PERFEKT ROBERT KRASSOWSKI WOJCIECH KULAS SPÓŁKA CYWILNA (pismo Zamawiającego z dnia 24 kwietnia 2023 r.). Zgodnie z przepisami Pzp termin na złożenie odwołania upływa w dniu 2 maja 2023 r., bowiem zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zaś w świetle art. 509 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy.

Wpis od odwołania w kwocie 10 000,00 złotych (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że przedmiotem zamówienia jest „Modernizacja i budowa oświetlenia drogowego na terenie Gminy Płonia – Bramura”. Zakres zamówienia obejmował:

ETAP I - wymianę nieefektywnych energetycznie opraw oświetleniowych na oprawy w technologii LED, wymianę wysięgników na nowe lub zabezpieczenie istniejących i przeznaczonych do dalszej eksploatacji.

ETAP II – zaprojektowanie i wybudowanie 22 szt. lamp solarnych według wskazanych przez Zamawiającego

lokalizacji

ETAP III – zaprojektowanie i dowieszenie linii oświetleniowej typu ASXsN na istniejących słupach linii NN wraz z montażem 8szt opraw LED o mocy 45,5W

Stosownie do treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa Program Funkcjonalno – Użytkowy (PFU), stanowiący Załącznik nr 1 do SWZ oraz warunki określone we wzorze (projekcie) umowy – Załącznik nr 5 do SWZ. Szczegółowe wymagania do wykonania zadania będącego przedmiotem zamówienia z uwzględnieniem zastosowania rozwiązań równoważnych –tolerancji podanej selektywnie dla wybranych przez Zamawiającego parametrów, określone zostały w pkt 5 Programu Funkcjonalno – Użytkowego, stanowiącego Załącznik Nr 1 do SWZ.

W ocenie Odwołującego ELEKTRO-PERFEKT ROBERT KRASSOWSKI WOJCIECH KULAS SPÓŁKA CYWILNA zaoferował oprawy oświetleniowe, które nie spełniają wymagań Zamawiającego. Według karty katalogowej złożonej przez ELEKTRO – PERFEKT regulacja kąta świecenia wynosi:

od -5 do + 15 (szczytowy na słupie), od -15 do + 5 (boczny, na wysięgniku)
podczas gdy wymóg określony przez Zamawiającego w PFU był następujący:

- oprawa wyposażona w uniwersalny uchwyt stanowiący integralną część oprawy oraz pozwalający na montaż na słupie i na wysięgniku. Uchwyt montażowy wykonany z odlewu aluminium, malowany proszkowo na ten sam kolor co obudowa. Możliwość regulacji:

- Bezpośrednio na słupie o średnicach 48 – 60 mm – regulacja w zakresie od 0 stopni do 30 stopni ze stopniem 5;
- Na wysięgniku o średnicach 48-60 mm – regulacja w zakresie od -30 do 30 stopni ze stopniem 5.

Odwołujący podniósł, że w pkt 5 PFU wyraźnie wskazano, że wykonawcy składający ofertę równoważną muszą spełnić następujące wymagania:

1. W przypadku zastosowania innych opraw oświetleniowych niż przyjęte w dokumentacji programowej należy wykazać, że oprawy oświetleniowe przyjęte w projekcie równoważnym gwarantują wartości parametrów oświetleniowych na poziomie nie mniejszym niż wyliczone w projekcie posiadanym przez Zamawiającego. Dla wyliczeń należy przyjmować:

1) Strumień świetlny w wielkości nie mniejszej niż w dokumentacji Zamawiającego

2) Pozostałe warunki podane w dokumentacji programowej, tj.:

- parametry drogi, stanowiska,

- luminancję [L1 i L2] lub natężenie w odniesieniu do obserwatora 1 i 2

(tabele rozkładu luminancji i natężenia w formie liczbowej),

- podsumowanie rezultatów obliczeń luminancji i natężenia,

- oślnienie [TI],

- równomierność oświetlenia [Uo i UI]

- współczynnik oświetlenia otoczenia [SR].

Odwołujący wskazał, że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą przedstawił obliczenia fotometryczne wyłącznie dla jednej sytuacji oświetleniowej oznaczonej w projekcie fotometrycznym Zamawiającego (załącznik nr 3 do PFU) jako nr 15. Ilość wymaganych przez Zamawiającego sytuacji oświetleniowych wynika z projektu fotometrycznego dostarczonego przez Zamawiającego (załącznik nr 3 do PFU). W przedmiotowym projekcie przedstawiono 84 sytuacje oświetleniowe (numerowane od 1 do 84) podczas gdy ELEKTRO – PERFEKT ROBERT KRASSOWSKI WOJCIECH KULAS SPÓŁKA CYWILNA przedstawił tylko jedną dowolnie wybraną. Analiza tylko tej jednej sytuacji oświetleniowej prowadzi do wniosku, że nie spełnia ona wymaganej tolerancji względem referencyjnego projektu fotometrycznego będącego integralną częścią SWZ (załącznik nr 3 do PFU). Zamawiający wymagał, aby m.in. dla wartości równomierności UI1 i UI2 jej wynik był nie gorszy niż 10% względem referencyjnych. W przedstawionej przez wykonawcę jednej sytuacji oświetleniowej nr 15 wartość równomierności UI jest natomiast gorsza o ponad 30%.

Odwołujący podniósł, że jeżeli w ocenie ELEKTRO-PERFEKT ROBERT KRASSOWSKI WOJCIECH KULAS SPÓŁKA CYWILNA Zamawiający nie wskazał jednoznacznie jakie dokumenty należy przedłożyć dla wykazania równoważności rozwiązań, powinien był zwrócić się do Zamawiającego przed złożeniem oferty o wyjaśnienie, doprecyzowanie treści SWZ.

Zamawiający w dniu 10 maja 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie wskazał, że przed wyborem oferty najkorzystniejszej wielokrotnie sprawdzał przedstawione przez ELEKTRO-PERFEKT ROBERT KRASSOWSKI WOJCIECH KULAS SPÓŁKA CYWILNA dokumenty oraz karty katalogowe. Podczas analizy przedstawionych dokumentów stwierdzono, że rozwiązania ELEKTRO-PERFEKT ROBERT KRASSOWSKI WOJCIECH KULAS SPÓŁKA CYWILNA zgodne

wymaganiami PFU.

Zamawiający, dodatkowo zauważył, że wybrana oferta ELEKTRO-PERFEKT ROBERT KRASSOWSKI WOJCIECH KULAS SPÓŁKA CYWILNA jest tańsza od oferty Odwołującego o 223 940,00 złotych co przy obecnej sytuacji finansowej Zamawiającego (wysoki wzrost cen towarów i usług) wpływa korzystnie na budżet Gminy przynosząc Zamawiającemu „oszczędności po przetargowe”. Dodatkowo Zamawiający poinformował, że planowane roboty budowlane w ramach prowadzonego postępowania przetargowego, finansowane będą ze środków krajowych - z budżetu Gminy Płoniawy-Bramura oraz środków pochodzących z Rządowego Funduszu Polski Ład - Programu Inwestycji Strategicznych. Roboty związane z modernizacją i budową oświetlenia drogowego na terenie Gminy Płoniawy-Bramura (ETAP I - wymianę nieefektywnych energetycznie opraw oświetleniowych, ETAP II – zaprojektowanie i wybudowanie 22 szt. lamp solarnych, ETAP III – zaprojektowanie i dowieszenie linii oświetleniowej) należy wykonać i rozliczyć do końca 2023 roku.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem uczestnika postępowania odwoławczego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowiska odwołującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Oferta Odwołującego zajęła drugie miejsce rankingowe, zaraz za ofertą ELEKTRO-PERFEKT ROBERT KRASSOWSKI WOJCIECH KULAS SPÓŁKA CYWILNA. Odwołanie wniesione zostało przez podmiot, którego oferta w przypadku odrzucenia oferty ELEKTRO-PERFEKT ROBERT KRASSOWSKI WOJCIECH KULAS SPÓŁKA CYWILNA, została uznana za najkorzystniejszą i tym samym realizacja zamówienia publicznego przypadłaby Odwołującemu. Brak możliwości uzyskania zamówienia powoduje stratę w postaci utraconych korzyści Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca ELEKTRO-PERFEKT ROBERT KRASSOWSKI WOJCIECH KULAS SPÓŁKA CYWILNA (dalej: „Przystępujący”).

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i Przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem zamówienia jest „Modernizacja i budowa oświetlenia drogowego na terenie Gminy Płoniawy – Bramura”. Zakres zamówienia obejmował:

ETAP I - wymianę nieefektywnych energetycznie opraw oświetleniowych na oprawy w technologii LED, wymianę wysięgników na nowe lub zabezpieczenie istniejących i przeznaczonych do dalszej eksploatacji.

ETAP II – zaprojektowanie i wybudowanie 22 szt. lamp solarnych według wskazanych przez Zamawiającego lokalizacji.

ETAP III – zaprojektowanie i dowieszenie linii oświetleniowej typu ASXsN na istniejących słupach linii NN wraz z montażem 8szt opraw LED o mocy 45,5W

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty. Zostały one złożone przez Odwołującego i Przystępującego.

Zamawiający zawiadomił wykonawców w dniu 24 kwietnia 2023 r. poprzez platformę oraz poprzez umieszczenie na stronie internetowej prowadzonego postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego 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) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ELEKTRO-PERFEKT ROBERT KRASSOWSKI WOJCIECH KULAS SPÓŁKA CYWILNA pomimo, że analiza przedmiotowych środków dowodów oraz wyjaśnień z dnia 17 kwietnia 2023 roku złożonych przez tego wykonawcę prowadzi do wniosku, że treść przedmiotowej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem zaproponowane przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, oprawy nie spełniają warunków zamówienia, nadto ELEKTRO-PERFEKT ROBERT KRASSOWSKI WOJCIECH KULAS SPÓŁKA CYWILNA nie wykazał równoważności przyjętych rozwiązań w zakresie projektu oświetleniowego, zgodnie z pkt 5 Programu Funkcjonalno – Użytkowego oraz parametrów dla opraw oświetleniowych wskazanych w pkt 5.1. Programu Funkcjonalno – Użytkowego (np. Deklaracja środowiskowa potwierdzona przez uprawnioną jednostkę badawczą).

W ocenie Izby istota sporu dotyczyła tego, czy oferta złożona przez wykonawcę ELEKTRO-PERFEKT ROBERT

KRASSOWSKI WOJCIECH KULAS SPÓŁKA CYWILNA, która została uznana za najkorzystniejszą, spełnia warunki zamówienia w zakresie opraw zaproponowanych przez tego wykonawcę, jak również czy wykonawca ten wykazał równoważność rozwiązań w zakresie projektu oświetleniowego oraz parametrów opraw oświetleniowych.

Izba wskazuje, że Przystępujący w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie opraw, jak również wykazania równoważności rozwiązań w zakresie projektu oświetleniowego oraz parametrów oświetleniowych przedłożył na wezwanie Zamawiającego karty katalogowe oraz obliczenia fotometryczne potwierdzające osiągnięcie zakładanego efektu oświetleniowego. Obliczenia fotometryczne zostały wykonane przez Przystępującego dla jednej z sytuacji oświetleniowych z projektu fotometrycznego dostarczonego przez Zamawiającego stanowiącego załącznik nr 3 do PFU, która została oznaczona nr 15. Zgodnie z powołanym załącznikiem nr 3 do PFU Zamawiający wymagał, aby dla wartości równomierności UI1 i UI2 jej wynik był nie gorszy, niż 10% względem referencyjnych. Wartość równomierności UI w sytuacji przedstawionej przez Przystępującego jest gorsza o ponad 30%. Nie sposób się zgodzić ze stanowiskiem Przystępującego zaprezentowanym w piśmie procesowym z dnia 12 maja 2023 r., że skoro ograniczenia podane w PFU są znacznie większe, niż zakłada norma, a wymóg odchyień wskazany w PFU zdaniem Przystępującego został przyjęty bez jasnego odniesienia, ponieważ nie są jasne dla niego sformułowanie: „w projekcie” czy „w programie”, to może on stosować wartości zgodne z obowiązującą normą. Zarówno w złożonym piśmie procesowym, jak i w skierowanej do Zamawiającego odpowiedzi z dnia 17 kwietnia 2023 r. Przystępujący nie przedstawił środków dowodowych na poparcie swojego stanowiska, a jedynie ograniczył się do polemiki z treścią SWZ i kwestionowania jej postanowień. Z pkt 5 lit. c PFU wyraźnie wynika, że równomierność UI1 i UI2 ma wynosić nie mniej niż 10% niż w programie. Jeżeli Przystępujący uważał to postanowienie za niezgodne z obowiązującymi przepisami mógł skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej. Nie dość, że z nich nie skorzystał, to nie zadał również Zamawiającemu pytania dotyczącego tego zakresu. Należy zatem przyjąć, że zarówno podane wartości, jak i użyte sformułowania „w projekcie” czy „w programie” nie budziły jego wątpliwości. Zamawiający przygotowywał dokumentację postępowania wraz z projektantem, który opracował PFU. Jako podmiot profesjonalny był on uprawniony do opracowania PFU w sposób gwarantujący jak najlepszą realizację zamówienia. Skoro zatem przyjął on wartości inne, aniżeli wynikające z norm należy założyć, że był do tego uprawniony, a podane wartości są poprawne. Jeżeli którykolwiek z wykonawców uważałby odmiennie, powinien zwrócić na to uwagę na wstępnym etapie postępowania i zakwestionować treść załącznika do SWZ.

Zgodnie z pkt 5.1.1 PFU:

„Wymagane dokumenty potwierdzające równoważność opraw.

1. Dokument wydany przez producenta (w języku polskim) potwierdzający spełnianie parametrów techniczno – użytkowych zaproponowanych urządzeń równoważnych w stosunku do opraw w posiadanej przez Zamawiającego dokumentacji (karty katalogowe opraw),

2. Deklaracja zgodności wyrobu z obowiązującymi normami przenoszącymi normy europejskie

3. Zamawiający żąda udostępnienia danych technicznych właściwości opraw - rozsyłu światła opraw oświetleniowych – całej bryły światłości w formie wydruku lub w formie bazy danych umożliwiających na ich podstawie dokonanie wyliczeń parametrów oświetleniowych drogi w ogólnie dostępnym programie komputerowym do wspomaganie obliczeń w formacie eulumdat (Ldt). Udostępnienie winno mieć miejsce równocześnie z chwilą składania ofert lub jeżeli wskazują na to względy techniczne przed terminem złożeniem ofert. Dane fotometryczne winne być elementem składowym projektu wykazującego równoważność zastosowanych opraw.”

Z powyższego postanowienia wynika, że nieuprawnionym jest twierdzenie Przystępującego, że nie był on obowiązany do przedstawienia wszystkich wymienionych dokumentów oraz że nie musiał przedstawiać obliczeń fotometrycznych dla wszystkich sytuacji oświetleniowych, a wystarczające było przygotowanie obliczeń wyłącznie dla wybranego punktu, który jest w jego ocenie najbardziej powtarzalny. Z wyżej zacytowanego postanowienia wyraźnie wynika, że Zamawiający wymaga, aby dane fotometryczne były elementem składowym projektu wykazującego równoważność zastosowanych opraw. Już sama liczba mnoga sugeruje, że nie chodzi o jednostkowy przypadek, a o wszystkie oprawy, które wykonawca stosuje, jako równoważne. Jak słusznie podniósł Odwołujący podczas rozprawy, odnosząc się do pisma złożonego przez Przystępującego, przedmiotem zamówienia jest budowa i modernizacja oświetlenia drogowego na drogach różnego typu, w związku z czym jedna przykładowa sytuacja nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w PFU, ponieważ na drogach różnego typu stosuje się różne rodzaje opraw.

Kolejną kwestią podnoszoną przez Odwołującego jest to, że według karty katalogowej złożonej przez Przystępującego regulacja kąta świecenia wynosi: od -5 do + 15 (szczytowy na słupie), od -15 do + 5 (boczny, na wysięgniku) podczas gdy Zamawiający wymagał, aby oprawa wyposażona była w uniwersalny uchwyt stanowiący integralną część oprawy oraz pozwalający na montaż na słupie i na wysięgniku. Uchwyt montażowy wykonany z odlewu aluminium, malowany proszkowo na ten sam kolor co obudowa. Możliwość regulacji:

•Bezpośrednio na słupie o średnicach 48 – 60 mm – regulacja w zakresie od 0 stopni do 30 stopni ze stopniem 5;

- Na wysięgniku o średnicach 48-60 mm – regulacja w zakresie od -30 do 30 stopni ze stopniem 5.

Jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego oprawy świetlne zaoferowane przez Przystępującego są niezgodne z wymaganiami wynikającymi z SWZ. Zamawiający również powziął wątpliwość w tym zakresie, ponieważ skierował do Przystępującego wezwanie do złożenia wyjaśnień. Uzyskana odpowiedź z 17 kwietnia 2023 r. w ocenie Izby nie pozwala na przyjęcie, że Przystępujący zaoferował rozwiązanie równoważne. Co prawda w odpowiedzi skierowanej do Zamawiającego Przystępujący wskazał na możliwość zastosowania rozwiązania opcjonalnego, jednak należy przyjąć, że byłoby to dokonanie zmiany treści oferty, co jest niedopuszczalne.

Izba chciałaby zwrócić także uwagę, że zgodnie z art. 534 ust. 1 Pzp, Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, zaś stosownie do art. 535 ustawy Pzp, dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 maja 2023 r. przedłożył jedynie informację mailową od projektanta z dnia 14 marca 2023 r. oraz odpowiedzi Przystępującego z dnia 17 kwietnia 2023 r.

Zamawiający w przedłożonej odpowiedzi na odwołanie ograniczył się głównie do wskazania następujących po sobie zdarzeń, które miały miejsce w prowadzonym przez niego postępowaniu. Wskazał, że wielokrotnie sprawdzał dokumenty przedstawione przez Przystępującego, jak również karty katalogowe. Nie ustosunkował się jednak merytorycznie do zarzutu podniesionego przez Odwołującego. Nie przedstawił również żadnych dowodów świadczących o faktycznej merytorycznej ocenie oferty oraz wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Wskazał natomiast, że oceny dokonywał bez udziału projektanta z uwagi na to, że najprawdopodobniej zna on Odwołującego. Izba zgadza się z Zamawiającym, że wydatkowanie środków publicznych jest niezwykle ważne, jednak zaoferowanie niższej ceny przez wykonawcę nie może usprawiedliwiać wyboru oferty niezgodnej z warunkami zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba zgadza się z Odwołującym, że Przystępujący nie udźwignął ciężaru wykazania zastosowania rozwiązań równoważnych, w efekcie czego Zamawiający powinien odrzucić ofertę Przystępującego jako niezgodną z warunkami zamówienia tj. niespełniającą wymogów określonych przez Zamawiającego w SWZ oraz stanowiącym załącznik do niej PFU.

W tym stanie rzeczy Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty złożonej przez ELEKTRO-PERFEKT R.K., W.K. Spółka Cywilna z uwagi na to, że treść złożonej przez tego wykonawcę oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Jednocześnie Izba nie rozpoznała zarzutów podniesionych dopiero na rozprawie dotyczących nie uwzględnienia przez Przystępującego w ofercie opraw parkowych oraz innej optyki w kartach katalogowych, aniżeli w przykładowej sytuacji nr 15. Zgodnie z art. 555 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponadto art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu pierwotnych zarzutów lub ich modyfikacji na rozprawie prowadziłoby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Dlatego też Izba, zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, rozpoznając odwołanie pominęła podniesiony przez Odwołującego dopiero na rozprawie nowy zarzut dotyczący nie uwzględnienia przez Przystępującego w złożonej ofercie opraw parkowych oraz innej optyki w kartach katalogowych, aniżeli w przykładowej sytuacji nr 15. Okoliczności te (zarzuty) nie były bowiem podniesione w odwołaniu.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodnicząca:

.....