

Sygn. akt: KIO 1973/25

WYROK

Warszawa, dnia 18 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Poprawa

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2025 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2025 roku przez wykonawcę **Edmunda**

Janika prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą E.J.

HURTOWNIA MATERIAŁÓW ELEKTRO -INSTALACYJNYCH „CANDELA-1” w Głogówku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Lubrza**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego **R.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą I.R. w Zielonej Górze**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty złożonej przez R.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą I.R. w Zielonej Górze oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Lubrza i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę E.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą E.J. HURTOWNIA MATERIAŁÓW ELEKTRO-INSTALACYJNYCH „CANDELA-1” w Głogówku tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Lubrza na rzecz odwołującego E.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą E.J. HURTOWNIA MATERIAŁÓW ELEKTRO-INSTALACYJNYCH „CANDELA-1” w Głogówku kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz 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:.....

Sygn. akt: KIO 1973/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Lubrza prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie gminy Lubrza”

nr postępowania V.271.1.2025 - zwane dalej „Postępowaniem”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym bez negocjacji, zgodnie z ustawą ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”,

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2025/BZP 00120617.

W dniu 19 maja 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę E.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Edmund Janik HURTOWNIA MATERIAŁÓW ELEKTRO-INSTALACYJNYCH CANDELA – 1 w Głogówku (zwanego dalej „Odwołującym” na czynności Zamawiającego podjęte toki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty I.R., a konsekwencji wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy ofertą najkorzystniejszą była oferta Odwołującego.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający swoim działaniem naruszył następujące przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r., Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „Ustawą Pzp” lub „Pzp” a w szczególności:

- 1.art. 239 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty I.R. jako najkorzystniejszej, która to oferta powinna podlegać

odrzuconiu, a zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, która po odrzuconiu oferty I.R. winna zostać uznana za najkorzystniejszą;

2.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty I.R., w sytuacji, gdy oferta nie spełniała wymogów postawionych przez Zamawiającego i jest niezgodna z warunkami zamówienia, co Odwołujący szczegółowo wskazał

w uzasadnieniu.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienie czynności wyboru oferty I.R., jako oferty najkorzystniejszej;
- 2.odrzuconie oferty I.R.;
- 3.powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia i we wniesieniu odwołania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp, w szczególności Odwołujący może ponieść szkodę w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na pozbawieniu go korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji braku możliwości zawarcia umowy na realizację tego zamówienia. Oferta Odwołującego powinna być bowiem wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Gdyby Zamawiający postąpił prawidłowo, zgodnie z przepisami prawa oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Tym samym, skoro Zamawiający nie odrzucił oferty I.R., a wybrał ją jako najkorzystniejszą,

a przez to nie wybrał oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej i zostałyby to utrzymane w mocy, to Odwołujący poniósłby szkodę, polegającą na niemożliwości uzyskania tego zamówienia, a zatem ma interes w uzyskaniu zamówienia.

W dniu 12 maja 2025 roku Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez I.R., która uzyskała 100 punktów, dalej także jako „ITINET”. Na drugim miejscu, z wynikiem 96,73 punktów znajduje się oferta Odwołującego.

Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy ITINET, jako oferty najkorzystniejszej z czym nie zgadza się Odwołujący, bowiem oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż zgodnie z projektem technicznym Wymagania oprawa typ nr 1 – drogowa:

h) musi spełniać wymogi bezpieczeństwa fotobiologicznego lamp i systemów lampowych IEC 62471 klasy RG0. (strona 13 dokumentacji technicznej).

W kartach katalogowych opraw Urbino oraz Urbino S zaoferowanych przez I.R. w jednym miejscu występuje wartość RG1 zaś w innym RG0.

Odwołujący wskazuje, że Norma IEC 62471 dotyczy bezpieczeństwa fotobiologicznego lamp i systemów lampowych. Klasyfikacja ryzyka RG0 i RG1 określa poziom potencjalnego zagrożenia związanego z narażeniem na światło.

Klasyfikacja ryzyka RG0: Grupa wolna od zagrożenia fotobiologicznego. LAMPY tej klasy nie stanowią zagrożenia, nawet przy długotrwałym narażeniu. LAMPY RG0 są bezpieczne i nie wymagają dodatkowych środków ochrony przed światłem.

Klasyfikacja ryzyka RG1: Grupa, w której ryzyko fotobiologiczne istnieje, ale nie powinno stanowić zagrożenia w normalnych warunkach użytkowania. Ryzyko może pojawić się przy długotrwałym narażeniu, na przykład podczas użytkowania urządzeń z bliskiej odległości. LAMPY RG1 mogą wymagać dodatkowych środków ostrożności, takich jak unikanie długotrwałego patrzenia bezpośrednio w lampę.

Biorąc pod uwagę przedmiotową normę należy wskazać, że wartości RG0 i RG1 nie są tożsame. Nie mogą być także stosowane zamiennie. Wartość RG1 jest wartością niższą, niosącą za sobą ryzyko zagrożenia, co wykluczył Zamawiający ustanawiając „wymogi bezpieczeństwa fotobiologicznego lamp i systemów lampowych IEC 62471 klasy RG0.”

W karcie katalogowej oprawy Urbino LED oraz Urbino LED S, w sekcji dotyczącej danych optycznych, w grupie ryzyka fotobiologicznego wskazano wartość RG1.

Wobec powyższego należy wskazać, że Oferta I.R. nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego i jest niezgodna z warunkami zamówienia,

a tym samym powinna być odrzucona na podstawie art.226 ust.1 pkt 5) ustawy Pzp.

Kolejną różnicą zauważoną przez Odwołującego jest materiał wykonania klosza:

Zgodnie z projektem technicznym - Wymagania oprawa typ nr 2 – parkowa (montaż na szczycie) – (strona 16 dokumentacji technicznej) Zamawiający wymagał cyt:

„Korpus oprawy musi mieć okrągłą formę i spełniać następujące wymagania (...)

(...)

Ze względu na możliwość aktów wandalizmu, źródło światła musi być osłonięte kloszem z poliwęglanu o IK nie gorszym niż IK09. Nie dopuszcza się stosowania opraw bez klosza chroniącego panele LED.”

W toku pytań i odpowiedzi Zamawiający odpowiedział pozytywnie na pytanie dotyczące kształtu klosza oprawy parkowej dopuszczając klosz płaski, nie zmienił jednak materiału z jakiego należy go wykonać.

Produkt zaofferowany przez ITINET spełnia warunek kształtu jednak, oprawa parkowa SAVA posiada klosz wykonany z szyby hartowanej, co jest niezgodne z wymaganiami SWZ, co potwierdza Karta katalogowa produktu.

Wobec powyższego nie powinno być tu wątpliwości, iż ofertę ta należy odrzucić na podstawie art.226 ust.1 pkt 5) ustawy Pzp także i z tego powodu.

Odwolujący zwrócił także uwagę na kolejną niezgodność z SWZ oferty uznanej za najkorzystniejszą:

W karcie katalogowej oprawy Urbino zaofferowanej przez ITINET podano oprawę o mocy 46W oraz strumieniu świetlnym oprawy na poziomie 8350 lm, co daje skuteczność świetlną 181,52 lm/W (zgodnie z obliczeniem strumień oprawy (lm)/moc oprawy(W) $8350\text{lm}/46\text{W}= 181,52\text{lm}/\text{W}$. Podobnie w przypadku oprawy o mocy 48,5W gdzie strumień świetlny oprawy wynosi 8800 lm a skuteczność świetlna 181,44 lm/W ($8800\text{lm}/46\text{W}=181,44\text{lm}/\text{W}$).

Zatem, dokonane obliczenia w karcie są nieprawidłowe, lub też w karcie zastosowano nieprawidłowe zaokrąglenia.

W każdym razie dla mocy oprawy URBINO-46 i 48,5 skuteczność świetlna jest powyżej 181 lm/W.

Certyfikat ENEC+ dla tej oprawy podaje, że maksymalna skuteczność świetlna dla wszystkich możliwych konfiguracji tej oprawy wynosi nie więcej niż 181 lm/W.

Powyższe świadczy o tym, że zaproponowane oprawy nie posiadają wymaganego certyfikatu ENEC +, bowiem z treści certyfikatu wynika, że obejmuje on tylko oprawy o skuteczności do 181 lm/W.

Odwolujący zwraca uwagę na kolejną niezgodność z warunkami zamówienia w ofercie ITINET.

Zgodnie z 16.7. ust. 6 SWZ Zamawiający wskazał, że

6)obliczenia fotometryczne wraz z wypełnioną Tabelą - Załącznik do oferty – Tabela do obliczeń fotometrycznych dla poszczególnych sytuacji oświetleniowych zgodnych

z oferowanymi oprawami oraz normą PN-EN 13201:2016 lub równoważną zgodnych

z załącznikiem do SWZ Referencyjne obliczenia fotometryczne w formacie .pdf oraz pliki źródłowe ogólnodostępnych, bezpłatnych oświetleniowych programów komputerowych (np. Dialux, Relux). Nieakceptowalnym jest zmiana parametrów takich jak: szerokość drogi, odstęp słupa, wysokość punktu świetlnego, nawis punktu świetlnego, kąt nachylenia oprawy.

Zamawiający dokonując oceny ofert zupełnie pominął, iż I.R.

w swojej koncepcji oświetlenia, którą złożył zamawiającemu w załączonych obliczeniach w sytuacjach 1,2,3 oraz 4 zmienił kąt nachylenia oprawy w stosunku do obliczeń referencyjnych.

Odwolujący przedstawił na tą okoliczność stosowne obliczenia.

Należy wskazać, że Zamawiający w dokumentacji technicznej umieścił dokument pod nazwą „Referencyjne obliczenia fotometryczne”. Wykonawcy zobowiązani byli wziąć ten dokument pod uwagę i zastosować wszystkie dane z tego dokumentu do własnej koncepcji świetlnej.

Dla przykładu Zamawiający w tym dokumencie wskazał dla sytuacji 1 alternatywy 1 dane, z których wynika, że przykładowo nachylenie w sytuacji 1 ma wynieść 50, a odległość opraw – 35 m, a wysokość słupa – 9m.

Z punktu 16.7 SWZ wynika, że dane które są niezmiennalne to: szerokość drogi, odstęp słupa, wysokość punktu świetlnego, nawis punktu świetlnego, kąt nachylenia oprawy.

Takie dane udostępnione przez Zamawiającego należało następnie wprowadzić do swoich obliczeń i przygotować koncepcję oświetlenia dla gminy Lubrza.

W koncepcji oświetlenia dla gminy Lubrza wykonawca ITINET zmienił wartości, których Zamawiający nie pozwolił zmienić.

Dla sytuacji 1 Alternatywy 1 Wykonawca ITINET zastosowano kąt nachylenia wysięgnika 10° podczas gdy zgodnie z obliczeniami referencyjnymi należało przyjąć kąt 5° , co jest niezgodne z warunkami zamówienia.

W sytuacji nr 2 – Alternatywa 2 ITINET zastosował kąt nachylenia wysięgnika 15° podczas gdy zgodnie z obliczeniami referencyjnymi należało przyjąć kąt 10° , co jest niezgodne z warunkami zamówienia. Wymogi zamawiającego.

W sytuacji nr 3 – Alternatywa 3 ITINET zastosował kąt nachylenia wysięgnika 15° podczas gdy zgodnie z

obliczeniami referencyjnymi należało przyjąć kąt 10⁰.

W sytuacji nr 4 – Alternatywa 4 ITINET zastosował kąt nachylenia wysięgnika 9 podczas gdy zgodnie z obliczeniami referencyjnymi należało przyjąć kąt 0⁰.

Powyższe świadczy o tym, że Wykonawca ITINET postąpił niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a mianowicie skorygował kąt nachylenia, co spowodowało, że jego koncepcja i zaoferowane tam oświetlenie jest niezgodne z warunkami zamówienia i ofertę ITINET należy odrzucić na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5) ustawy Pzp.

Dodatkowo, po skorygowaniu kątów w Sytuacjach 1 oraz 4 oprawy nie spełniają wymogów polskiej normy 13201.

Odwolujący stworzył również koncepcję oświetlenia taką jak wykonawca ITINET, ale z dokładnymi wymogami Zamawiającego. Po dostosowaniu tej koncepcji do wymogów Zamawiającego okazało się, że wyniki dla pól oceny nie mają zgodności z normą. Odwołujący wskazuje, że w dostosowanym w ten sposób załączniku również skuteczność świetlna dla opraw przekracza 181lm/W.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający zupełnie pominął fakt, iż oferta ITINET nie spełnia wymagań Zamawiającego i jest niezgodna z warunkami zamówienia. Różnice wskazane w treści odwołania uwidaczniają, iż oferta którą Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą, w rzeczywistości, po dokonaniu analizy jej treści winna zostać odrzucona

z uwagi na niezgodność z wymogami zamówienia.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania, jako zasadnego.

W dniu 26 maja 2025 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca R.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą I.R. w Zielonej Górze, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 27 maja 2025 roku Zamawiający złożył Odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w całości i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego. Następnie, pismem z dnia 5 czerwca 2025 roku zatytułowanym „PISMO ZAMAWIAJĄCEGO - UZUPŁNIENIE ODPOWIEDZI NA ODWOŁANIE” oświadczył *w następstwie ponownej weryfikacji akt postępowania i wybranej oferty:*

1. modyfikuję stanowisko w sprawie,
2. nie uwzględniam zarzutów odwołania w jakiegokolwiek części
3. wnoszę o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że *Zamawiający dokonał ponownej, wnikliwej weryfikacji postępowania, w tym złożonych ofert. Zamawiający, bazując na wiedzy konsultantów branżowych oraz działając w granicach wymogów SWZ, doszedł do przekonania, iż zarzuty Odwołującego się nie znajdują uzasadnienia.*

Zamawiający poddał prawidłowej ocenie ofertę, która została ostatecznie wybrana. Ocenę tę należy finalnie podtrzymać. Zamawiający poddał wnikliwej analizie zarzuty, co do rzekomych niezgodności oferty z SWZ, jednak doszedł do przekonania, iż treść oferty nie zawiera błędów. Ujawnione odchylenia mają bowiem charakter nieistotny i nie wpływają na zdatność oferty

do realizacji. Tym samym wybrana oferta – wbrew subiektywnym przekonaniom Odwołującego się – nie powinna podlegać odrzuceniu. Oferta nie jest bowiem wadliwa i spełnia zadane kryteria.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron 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 2024 r. poz. 1320 ze zm.) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2025 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 12 maja 2025 roku.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba ustaliła również, 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 zgłoszone przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę R.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą I.R. w Zielonej Górze, do udziału w

postępowaniu w charakterze Uczestnika postępowania odwoławczego.

Przywołując regulacje prawne stanowiące podstawę zarzutów wniesionego odwołania należy wskazać, iż zgodnie:

- z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

5)jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia

- z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp:

1.Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

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 zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego odpowiadając na pytanie, czy Zamawiający poprzez ich wykonanie lub zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie mającym lub mogącym mieć wpływ na wynik postpowania. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie mającym lub mogącym mieć wpływ na wynik postpowania.

Za zasadny Izba uznała zatem zarzut naruszenia art. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp –poprzez zaniechanie odrzucenia oferty I.R., w sytuacji, gdy oferta nie spełniała wymogów postawionych przez Zamawiającego i jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są postanowienia w nich zawarte, w których zostały jasno i przejrzyście wyrażone oczekiwania zamawiającego.

Wobec powyższego, w pierwszej kolejności należy odnieść się do postanowień zawartych w warunkach zamówienia, w których Zamawiający określił stawiane wykonawcom wymagania, z uwzględnieniem wszelkich modyfikacji treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ). Pamiętać bowiem należy, że wykonawca składając ofertę nie może domyślać się co Zamawiający miał na myśli opisując przedmiot zamówienia, lecz winien przygotować ofertę w sposób spełniający wszystkie warunki zamówienia. Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy na podstawie niezawartych w treści warunków zamówienia wymagań lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji ich zapisów jak również dokonanie oceny oferty przez przyzmat oczekiwań nieznajdujących odzwierciedlenia w warunkach zamówienia, czy też zmiana wymagań dotyczących ofert po otwarciu ofert, według kryteriów niewynikających z treści warunków zamówienia. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu postanowień w nich zawartych.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy wskazać należy, że w treści dokumentów zamówienia Zamawiający wymagał:

Strona 13 dokumentacji technicznej.

Wymagania oprawa typ nr 1 – drogowa:

h) musi spełniać wymogi bezpieczeństwa fotobiologicznego lamp i systemów lampowych IEC 62471 klasy RG0.

Strona 16 dokumentacji technicznej.

Wymagania oprawa typ nr 2 – parkowa (montaż na szczycie) –Zamawiający wymagał: „Korpus oprawy musi mieć okrągłą formę i spełniać następujące wymagania (...)

Ze względu na możliwość aktów wandalizmu, źródło światła musi być osłonięte kloszem

z poliwęglanu o IK nie gorszym niż IK09. Nie dopuszcza się stosowania opraw bez klosza chroniącego panele LED.”

W wyniku wyjaśnień treści SWZ, Zmawiający dopuścił możliwość zaoferowania płaskiego klosza dla oprawy parkowej.

Zamawiający wyrażając zgodę na zmianę kształtu klosza nie wypowiedział się co do możliwości zaferowania klosza wykonanego z innego materiału niż wymagany poliwęglan.

W treści SWZ pkt 16.7. Zamawiający żądał złożenia wraz z Ofertą przedmiotowych środków dowodowych:

- 1) karty katalogowe oferowanych opraw LED lub inny dokument potwierdzający spełnienie minimalnych parametrów technicznych;
- 2) certyfikaty *ENEC*, lub równoważne potwierdzający zgodności oferowanych opraw oświetleniowych z normami: *EN 60598-2-3:2003* lub równoważną, *EN 60598-2-3:2003/A1:2011* lub równoważną, *EN 60598-1:2015* lub równoważną, *EN 60598-1:2015/A1:2018* lub równoważną, 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);
- 3) certyfikat *ENEC+*, lub równoważne 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);
- 4) certyfikat *Zhaga-D4i* lub równoważne dla oferowanych opraw oświetleniowych LED, który jest do zweryfikowania NA STRONIE *ZHAGA CONSORCIUM – WWW.ZHAGASTANDARD.ORG*, aktualny na dzień składania oferty;
- 5) deklaracja zgodności oferowanych opraw LED;
- 6) obliczenia fotometryczne wraz z wypełnioną Tabelą - Załącznik do oferty – Tabela do obliczeń fotometrycznych dla poszczególnych sytuacji oświetleniowych zgodnych z oferowanymi oprawami oraz normą *PN-EN 13201:2016* lub równoważną zgodnych z załącznikiem do SWZ Referencyjne obliczenia fotometryczne w formacie .pdf oraz pliki źródłowe ogólnodostępnych, bezpłatnych oświetleniowych programów komputerowych (np. *Dialux*, *Relux*). Nieakceptowalnym jest zmiana parametrów takich jak: szerokość drogi, odstęp słupa, wysokość punktu świetlnego, nawis punktu świetlnego, kąt nachylenia oprawy.

- W odniesieniu do certyfikatów i sprawozdań wydanych przez jednostki oceniające zgodność zamawiający akceptuje odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż te, o których mowa wyżej, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań wydanych przez jednostkę oceniającą zgodność ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu Wykonawcy, oraz pod warunkiem, że dany Wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania, cechy lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymagania związane z realizacją zamówienia. Zamawiający akceptuje również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność.

Odnosząc się do powyższych zarzutów, Izba przyjmując za Odwołującym zaproponowaną podczas rozprawy kolejność omawianych niezgodności w ofercie Przystępującego z warunkami zamówienia, w pierwszej kolejności odniesie się do obliczeń fotometrycznych Przystępującego, uznając je za niezgodne z warunkami zamówienia.

W treści SWZ pkt 16.7. 6 Zamawiający w sposób jednoznaczny określił w warunkach zamówienia wymagania dotyczące sposobu przygotowania obliczeń fotometrycznych, które miały zostać złożone wraz ofertą, jako przedmiotowy środek dowodowy. Zamawiający

w sposób niebudzący wątpliwości wskazał na parametry, które nie mogą zostać zmieniane. Wśród takich parametrów znajdował się m.in. określony przez Zamawiającego kąt nachylenia oprawy. Zamawiający wyraźnie podkreślił, że zmiana m.in. tego parametru nie będzie akceptowana: „*Nieakceptowalnym jest zmiana parametrów takich jak: (...) kąt nachylenia oprawy*”.

Jak wynika ze złożonych przez Przystępującego obliczeń fotometrycznych,

w sytuacji nr 1 - Alternatywa 1, w sytuacji nr 2 – Alternatywa 2, w sytuacji nr 3 – Alternatywa 3 oraz w sytuacji nr 4 – Alternatywa 4, Przystępujący dokonał nieakceptowalnej (zgodnie z warunkami zamówienia) zmiany kąta nachylenia oprawy – co wykazał Odwołujący.

W miejsce wymaganych w „Referencyjnych obliczeniach fotometrycznych” wartości kątów nachylenia opraw, dokonał nieuprawnionej zmiany, ofertując:

w sytuacji nr 1 - Alternatywa 1 kąt nachylenia 10⁰ zamiast wymaganego 5⁰,

w sytuacji nr 2 – Alternatywa 2 kąt nachylenia 15⁰ zamiast wymaganego 10⁰,

w sytuacji nr 3 – Alternatywa 3 kąt nachylenia 15⁰ zamiast wymaganego 10⁰,

w sytuacji nr 4 – Alternatywa 4 kąt nachylenia 5⁰ zamiast wymaganego 0⁰.

W tych okolicznościach, obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenia oferty Przystępującego, jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Izba nie uwzględniła argumentacji Przystępującego, który podczas rozprawy nawet nie próbował kwestionować, że przedstawione przez niego obliczenia fotometryczne zostały wykonane z uwzględnieniem innych kątów nachylenia opraw niż wymagane przez Zamawiającego. Przystępujący powoływał się na postanowienia Szczegółowej Dokumentacji Technicznej, str. 11, gdzie Zamawiający nie odnosił się do kąta nachylenia oprawy, wskazując że: *Obliczenia oraz prezentacja wyników obliczeń musi być w pełni zgodna z przyjętymi założeniami Zamawiającego, tj. identyczna geometria dróg i usytuowania słupów, identyczny poziom współczynnika zapasu (ew. odwrotności - wskaźnika utrzymania), parametrów rodzaju nawierzchni, parametrów – położenia obserwatorów, oraz wydruki muszą zawierać wszystkie wyliczone parametry jak w załączniku do Dokumentacji Projektowej – „Referencyjne obliczenia fotometryczne”, a ich wartości muszą potwierdzać spełnienie wymagań normy PNEN13201 dla przyjętych klas oświetleniowych. Różnica efektu oświetleniowego proponowanych opraw równoważnych musi być zgodna ze wskazanymi klasami oświetleniowymi i nie powinna być większa niż $\pm 15\%$ w stosunku do podanych w referencyjnych obliczeniach fotometrycznych dla każdego parametru.*

Przystępujący w swej argumentacji pominął jednak istotną okoliczność, polegającą na tym, że Szczegółowa Dokumentacja Techniczna odnosi się do wykonania i odbioru robót, natomiast kwestionowana niezgodność treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, odnosi się do obliczeń fotometrycznych wymaganych jako przedmiotowy środek dowodowy, który należało złożyć wraz z ofertą. Co do wymagań w zakresie treści obliczeń fotometrycznych, Zamawiający szczegółowo odniósł się w SWZ, wskazując, jak należy złożyć obliczenia fotometryczne oraz które parametry nie mogą zostać zmienione w stosunku do wymaganych. Do parametrów niezmiennych należał m.in. kąt nachylenia oprawy.

Okoliczność, że w Szczegółowej Dokumentacji Technicznej Zamawiający wśród przyjętych założeń wyraźnie nie odniósł się do kąta nachylenia opraw, nie uprawniała Przystępującego do samodzielnej zmiany wymaganego nachylenia kąta opraw. Zamawiający bowiem wymagał, aby obliczenia zawierały wszystkie wyliczone parametry jak w załączniku do Dokumentacji Projektowej – „Referencyjne obliczenia fotometryczne”, a ich wartości potwierdzały spełnienie wymagań normy PNEN13201 dla przyjętych klas oświetleniowych.

Nie jest również uprawniony argument Przystępującego, że zaoferował on rozwiązanie równoważne. Wymagane kąty nachylenia opraw są parametrem technicznym, obiektywnym, określonym poprzez konkretną wartość, do którego nie ma zastosowania regulacja określona w art. 99 ust. 5 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, z uwagi na nieuprawnioną zmianę w złożonych z ofertą obliczeniach fotometrycznych kątów nachylenia opraw w stosunku do parametrów wymaganych przez Zamawiającego w warunkach zamówienia („Referencyjne obliczenia fotometryczne”), treść oferty Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, a w konsekwencji, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odnosząc się do wymaganego dla oprawy drogowej bezpieczeństwa fotobiologicznego lamp i systemów lampowych IEC 62471 klasy RG0 Izba uznała argumentację Odwołującego za zasadną.

Przede wszystkim podkreślenia wymaga, że wymóg Zamawiającego wskazywał na parametr dotyczący bezpieczeństwa fotobiologicznego a nie na inne dane ogólne.

Zgodnie z kartą katalogową zaoferowaną przez Przystępującego oprawa URBINO LED w zakresie danych optycznych, grupy ryzyka fotobiologicznego odwołuje się do klasy RG1 a nie do klasy RG0 – jak wymagał Zamawiający.

Z karty katalogowej produktu wynika zgodność z 62471 RG0, jednakże informacja ta wskazana jest jako „Dane ogólne Informacje dodatkowe”, a nie jako klasa dla wymogu bezpieczeństwa fotobiologicznego.

Izba nie uwzględniła oświadczenia producenta opraw oferowanych przez Przystępującego, jako dowodu na potwierdzenie spełnienia przez oprawy wymogu bezpieczeństwa fotobiologicznego lamp i systemów lampowych IEC 62471 klasy RG0.

Przede wszystkim, w oświadczeniu przywołana jest Norma 62417, a nie jak wymagał Zamawiający IEC 62471. Następnie, zauważenia wymaga, że z oświadczenia nie wynika potwierdzenie wymogu bezpieczeństwa fotobiologicznego lamp i systemów lampowych IEC 62471 klasy RG0, a jedynie potwierdzenie że parametr RG0 został ustalony na podstawie normy 62417, bez odniesienia się do zakresu. Zakładając nawet, że inny numer normy może być wynikiem omyłki pisarskiej, to przedstawiciel producenta nie odniósł się do wymaganego zakresu bezpieczeństwa fotobiologicznego, ale potwierdził wyłącznie zgodność z normą 62417. Odwołujący nie kwestionował zgodności oprawy URBINO LED z normą IEC 62471 klasy RG0 biorąc pod uwagę dane ogólne, lecz wyłącznie w odniesieniu do wymogu bezpieczeństwa fotobiologicznego, które wyraźnie określone jest jako RG1.

Ponadto, z oświadczenia przedstawiciela producenta wynika, że parametr RG1 został nadany zgodnie z normą 62778, co nie znajduje potwierdzenia w karcie katalogowej.

Biorąc zatem pod uwagę, że w ramach normy IEC 62471 występują grupy ryzyka oznaczone klasą RG0 i RG1, oraz nierzetelność dowodu (w postaci błędów literowych w jego treści – co podnosił sam Przystępujący), dowód Przystępującego nie mógł zostać uwzględniony przez Izbę.

Odnosząc się do wymogu, aby oferowane klosze dla opraw parkowych wykonane zostały z poliwęglanu, Izba również uznała argumentację Odwoływającego za zasadną.

Zamawiającego w sposób jednoznaczny wskazał, że klosze mają zostać wykonane

z poliwęglanu, natomiast Przystępujący zaoferował klosze wykonane ze szkła hartowanego, co świadczy o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

Zamawiający wyraził zgodę na zmianę kształtu wymaganej oprawy, dopuszczając jako równoważne oprawy z płaskim kloszem. Jednakże zmiana kształtu oprawy nie może być traktowana jako zgoda na zmianę materiału, z którego klosz ma zostać wykonany.

W tym zakresie argumentacja Przystępującego stanowi własną, nieuprawnioną i nadmiarową interpretację odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego.

Nie znajduje również uzasadnienia argument, że skoro Zamawiający wymagał aby oprawa drogowa osłonięta była płaską szybą ze szkła hartowanego to zapewne dopuścił dla oprawy parkowej jako rozwiązanie równoważne, oprawę ze szkła hartowanego.

Takie stanowisko nie znajduje potwierdzenia w warunkach zamówienia. Zamawiający wyraźnie podkreślił, że *ze względu na możliwość aktów wandalizmu, źródło światła musi być osłonięte kloszem z poliwęglanu o IK nie gorszym niż IK09.* W przypadku opraw drogowych nie było zastrzeżenia dotyczącego aktów wandalizmu.

Zamawiający zwrócił zatem uwagę na to, że oprawy parkowe będą narażone na konkretne zagrożenia. Natomiast w stosunku do opraw drogowych takiego zastrzeżenia nie uczynił.

W tych okolicznościach, w ocenie Izby, skoro Zamawiający uzasadnił przyczyny dla których wymagał osłony z poliwęglanu wyrażając zgodę wyłącznie na zmianę kształtu oprawy, nieuprawnione jest twierdzenie Przystępującego, że zaoferowane osłona oprawa ze szkła hartowanego jest ofertą równoważną.

Również i w tym przypadku, Izba podkreśla, że rodzaj materiału, z którego ma zostać wykonany klosz jest parametrem technicznym, obiektywnym, do którego nie ma zastosowania art. 99 ust. 5 ustawy Pzp.

Zaoferowanie klosza wykonanego ze szkła hartowanego w sytuacji, w której Zamawiający wymagał aby był on wykonany z poliwęglanu wskazuje na niezgodność oferty z warunkami zamówienia, co w konsekwencji skutkuje koniecznością odrzucenia oferty Przystępującego, jako niezgodnej w treści z warunkami zamówienia.

W odniesieniu do skuteczności świetlnej oprawy Urbino, Izba nie podzieliła argumentacji Odwoływającego. Z przedstawionej przez Przystępującego korespondencji z przedstawicielem podmiotu wydającego złożony do oferty Certyfikat ENEC+, wynikają zasady certyfikacji, potwierdzające poprawność wartości wskazanych w certyfikacie oraz w karcie katalogowej produktu.

Izba nie ma kompetencji aby kwestionować dane wskazane w karcie katalogowej, potwierdzone certyfikatem ENEC +.

W tych okolicznościach zarzut nie został potwierdzony.

Jednakże z uwagi na potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wobec niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia w zakresie kąta nachylenia oprawy, materiału wykonania oraz niespełnienia wymogu w zakresie bezpieczeństwa fotobiologicznego na poziomie IEC 62471 klasy RG0, oferta podlega odrzuceniu.

W powyższych okolicznościach, trudno uznać za zasadne stanowisko Zamawiającego, który z jednej strony stwierdził, że treść oferty nie zawiera błędów, z drugiej zaś przyznał,

że zostały ujawnione odchylenia o charakterze nieistotnym, nie wpływające na zdatność oferty do realizacji.

Podkreślić jednak należy, że Zamawiający dokonuje badania oferty, oceniając jej zgodność z warunkami zamówienia. Natomiast zdatność do realizacji nie była przedmiotem sporu.

Dodać należy, że kształtowanie warunków zamówienia należy do wyłącznych kompetencji Zamawiającego, który ustala je według własnych potrzeb. Jeżeli Zamawiający chciał dopuścić możliwość zmiany kąta nachylenia opraw, wykonanie osłon oprawy parkowych ze szkła hartowanego, czy bezpieczeństwa fotobiologicznego na poziomie RG1, winien taką informację zawrzeć w warunkach zamówienia. Jednakże Zamawiający wyraźnie zaznaczył brak możliwości zmiany kąta nachylenia opraw, wykonanie osłon opraw parkowych z poliwęglanu oraz bezpieczeństwo fotobiologiczne o klasie RG0, przez co wyłączył możliwość zaoferowania produktów niespełniających tych wymagań.

Podkreślić jednak należy, że jeżeli powyższe różnice nie są dla Zamawiającego istotne i nie wpływają na zdatność oferty do realizacji, winien on opisać warunki zamówienia

w taki sposób, aby dopuścić możliwość zaoferowania produktów o takich parametrach.

W ocenie Izby Zamawiający uznał za spełniającą warunki zamówienia ofertę, która nie została dopuszczona warunkami zamówienia, co stanowi niedopuszczalną zmianę wymagań dotyczących ofert, po otwarciu ofert, według kryteriów niewynikających z treści warunków zamówienia.

W tych okolicznościach, nieuprawnione jest stanowisko Zamawiającego, że oferta Przystępującego spełnia zadane kryteria.

Reasumując, za zasadny Izba uznała zarzut dotyczący dokonania wyboru oferty I.R. jako najkorzystniejszej, w sytuacji w której oferta ta powinna podlegać odrzuceniu na mocy art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

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 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r.

(Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: