

WYROK
z dnia 23 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 sierpnia 2020 r. przez Odwołującego – wykonawcę Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Poniatowa, przy udziale wykonawcy LUG Services sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
 - 1.2. ponowne badanie i ocenę ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym poprawienie, w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, innych omyłek w złożonym przez Odwołującego wyliczeniu redukcji zużycia energii elektrycznej, polegające na:
 - a) wpisaniu do kolumn „Czas bez redukcji [h]” oraz „Czas redukcji o 50% mocy nominalnej [h]” brakujących wyników zużycia energii w kWh, obliczonych w oparciu o dane przedstawione w wyliczeniu redukcji zużycia energii elektrycznej;
 - b) poprawieniu w kolumnie „Czas redukcji o 50% mocy nominalnej [h]” pozostałych wyników zużycia energii w kWh, obliczonych w oparciu o dane przedstawione w wyliczeniu redukcji zużycia energii elektrycznej,z uwzględnieniem zmiany wartości sumarycznego zużycia energii po redukcji i parametru obniżenia zużycia energii po modernizacji.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 13.600,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych 00/100) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Poniatowa (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Modernizacja oświetlenia drogowego oraz dobudowa nowych punktów i linii oświetleniowych w Gminie Poniatowa”, zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 21 lipca 2020 r., pod nr 564847-N-2020.

20 sierpnia 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu (dalej „Odwołujący”) o odrzuceniu złożonej przez niego oferty, co zostało zaskarżone odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej („dalej „Izba” lub „KIO”) w dniu 25 sierpnia 2020 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust, 1 Pzp, przez niezasadne i niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego;
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie poprawienia innych omyłek w ofercie Odwołującego;

ewentualnie:

art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych oraz innych omyłek w ofercie Odwołującego;

3. art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie wyliczenia redukcji zużycia energii elektrycznej;

ewentualnie:

art. 26 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień dotyczących złożonego dokumentu z wyliczeniem redukcji zużycia energii elektrycznej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w odwołaniu;
3. poprawienia innych omyłek w ofercie Odwołującego;

ewentualnie:

poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych oraz innych omyłek w ofercie Odwołującego

ewentualnie także:

wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie wyliczenia redukcji zużycia energii elektrycznej lub wezwania do uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w zakresie złożonego dokumenty z wyliczeniem redukcji zużycia energii elektrycznej;

4. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący podał, że spełnia przesłanki do wniesienia odwołania z art. 179 ust. 1 Pzp.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający, uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, wskazał, jakoby w złożonym wraz z ofertą wyliczeniu redukcji zużycia energii elektrycznej, Odwołujący nie uzupełnił rubryki „zużycie energii kWh bez redukcji” oraz „zużycie energii kWh z redukcją” dla zaproponowanej oprawy BGP283 T25 1 xLED160-4S/740 DW10 o mocy 97W, w ilości 5 szt. dla dróg wojewódzkich, w wyniku czego niepoprawnie została obliczona sumaryczna wartość zużycia energii po redukcji, co w rezultacie zmienia wartość procentową obniżenia zużycia energii po modernizacji. Zdaniem Zamawiającego, konsekwencją powyższego było niepełne (zaniżone) wyliczenie końcowe redukcji zużycia energii elektrycznej, gdyż nie obejmowało części opraw, tj. 5 sztuk w/w opraw oprawy BGP283 T25 1 xLED160-4S/740 DW10 o mocy 97W,

Powyższe stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe, co najmniej z powodów omówionych poniżej.

Zgodnie z pkt 11.10 SIWZ, na ofertę składa się:

- formularz ofertowy przygotowany zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 2 do SIWZ;
- dokumenty określone w pkt 7.1 SIWZ;

- wyliczenie redukcji zużycia energii elektrycznej, zgodnie z opisem w pkt 14.4 SIWZ (faktycznie opis ten jest w pkt 14.5 SIWZ).

Zgodnie z pkt 14.5 SIWZ, redukcja zużycia energii elektrycznej stanowi pozacenowe kryterium oceny ofert. Oferta z największą procentową redukcją zużycia energii elektrycznej w stosunku do stanu istniejącego otrzyma 10 pkt.

Zamawiający nie określił żadnego wzoru załącznika, według którego wykonawcy powinni przedstawić redukcję zużycia energii elektrycznej, a jedynie wskazał, że w oparciu o dane producenta i aktualne zużycie energii punktów świetlnych podlegających wymianie, wykonawcy winni obliczyć i podać o jaki procent obniży się pobór energii w wyniku realizacji inwestycji, w stosunku do obecnego zużycia, które wynosi 508.479 kWh rocznie. Zamawiający wskazał, że do wyliczeń redukcji zużycia energii elektrycznej należy przyjąć roczny czas świecenia opraw w ilości 4.024 godziny. Zamawiający wymagał przy tym, aby na drogach wojewódzkich wartość redukcji natężenia oświetlenia w godzinach zmniejszonego natężenia ruchu nie przekroczyła 50%, a na drogach powiatowych i gminnych, by nie była poniżej 30% wartości nominalnej.

Wobec powyższego, wyliczenie redukcji zużycia energii elektrycznej, mogło być przedstawione przez wykonawców dowolnie. Odwołujący przedstawił powyższe wyliczenie w formie tabelarycznej, z podziałem na drogi wojewódzkie oraz powiatowe i gminne (str. 8 oferty). W części dotyczącej dróg wojewódzkich, w wierszu trzecim od dołu podana została oprawa BGP283 T25 1 xLED160-4S/740 DW10 (5 sztuk) o mocy 97W. W wierszu tym Odwołujący nie podał wyniku w kolumnie „czas bez redukcji [h]” oraz w kolumnie „czas redukcji o 50% mocy nominalnej [h]”. Brakujący wynik nie jest założeniem Odwołującego, lecz wyłącznie rezultatem przeprowadzenia bardzo prostego mnożenia wartości podanych w tabeli, a mianowicie $5 \times 97 \times 1460 = 708.100$ Wh (watogodzin), czyli ilość opraw (5. szt.) x moc opraw (97W) x czas bez redukcji (1460 h). Ponieważ w kolumnie „Zużycie energii” wynik należy podać w kWh (kilowatogodzinach), to dodatkowo należy jeszcze podzielić przez 1000, ponieważ 1 kWh ma 1000 W. Brakujący wynik to 708,1 kWh.

W taki sam sposób, przy pomocy takiego samego prostego działania matematycznego, uzyskane zostały pozostałe wyniki w kolumnie „czas bez redukcji [h] zużycie energii w kWh”, jak i w kolumnie „czas redukcji o 50% mocy nominalnej [h] zużycie energii kWh” w pozostałych wierszach tabeli.

Brak podania powyższej wartości (708,1), stanowiącej ilość zużycia energii kWh bez redukcji dla 5 sztuk opraw BGP283 T25 1 xLED160-4S/740 DW10 o mocy 97W, nie uniemożliwia wyliczenia wartości podanej w ostatniej kolumnie, tj. zużycia energii kWh po redukcji. Wartość z ostatniej kolumny nie jest również założeniem Odwołującego, lecz także

wynikiem prostej kalkulacji wartości zawartych w tabeli. W omawianym przypadku zużycie energii kWh po redukcji jest wynikiem mnożenia $5 \times 97 \times 0,5 \times 2564 = 621.770$ Wh (watogodzin), czyli ilość opraw (5 szt.) x moc opraw (97W) x czas redukcji o 50% mocy nominalnej (2.564 h) x 50% mocy nominalnej (0,5). Ponieważ w kolumnie „Zużycie energii” wynik należy podać również w kWh (kilowatogodzinach), to dodatkowo należy jeszcze podzielić przez 1000, ponieważ 1 kWh ma 1000 W. Brakujący wynik to 621,77 kWh.

Zamawiający, wskazując na powyższy brak wyniku wyliczenia ilości zużycia energii w kWh bez redukcji oraz ilości zużycia energii w czasie redukcji o 50% mocy nominalnej dla dróg wojewódzkich, stwierdził, że w rezultacie tego niepoprawnie została obliczona przez Odwołującego sumaryczna wartość zużycia po redukcji, co w konsekwencji zmienia wartość procentową obniżenia zużycia energii po modernizacji.

Z powyższym również nie można się zgodzić, bowiem, jak już wskazano wyżej, ilość zużycia energii kWh w czasie bez redukcji, jak i w czasie redukcji o 50% mocy nominalnej, jest wynikiem prostej kalkulacji (mnożenie) wartości zawartych w tabeli i przeprowadza się tę kalkulację w taki sam sposób dla każdej oprawy odpowiednio: w czasie bez redukcji – ilość opraw x moc opraw (W) x czas bez redukcji (h) / 1000, oraz w czasie redukcji o 50% mocy nominalnej – ilość opraw x moc opraw (W) x czas redukcji o 50% mocy nominalnej (h) x 0,5 (50% mocy nominalnej) / 1000, a sumaryczne zużycie w czasie bez redukcji, jak i w czasie redukcji o 50% mocy nominalnej, jest sumą ilości zużycia energii kWh (suma wyników występujących w kolumnach: czas bez redukcji oraz czas redukcji o 50% mocy nominalnej). Wszystkie powyższe wartości możliwe są do wyliczenia przez mnożenie lub dodawanie wartości ujętych przez Odwołującego w tabeli załączonej do oferty. Co więcej, zarówno prawidłowy wynik sumarycznego zużycia po redukcji, jak też omyłkowo wprowadzony błędny wynik podany przez Odwołującego, daje 81% obniżenia zużycia energii po modernizacji. Z niewiadomych powodów Zamawiający błędnie wskazał, że zmienia się wartość procentowa obniżenia zużycia energii po modernizacji. Zamawiający nie wymagał aby procentową wartość redukcji zużycia energii elektrycznej prezentować z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

W dalszej części uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający podniósł dodatkowo, że Odwołujący dla wszystkich opraw powyżej 20W przewidział redukcję o 60% mocy nominalnej, co jest niezgodne z pkt 14.5 SIWZ, gdzie dla dróg wojewódzkich, wymagana była redukcja natężenia oświetlenia nie przekraczająca 50% mocy nominalnej.

Odwołujący w tym zakresie wskazuje, że uwzględnił w ofercie wymaganą przez Zamawiającego redukcję natężenia oświetlenia dla dróg wojewódzkich nie przekraczającą 50% mocy nominalnej. W opisanej wyżej tabeli wyliczenia redukcji zużycia energii

elektrycznej, w ostatniej kolumnie dot. zużycia energii kWh w czasie redukcji o 50% mocy nominalnej, Odwołujący wpisał redukcję o 50%, w wierszach tej kolumny wpisał jednak omyłkowo błędne wyniki mnożenia wartości podanych tabeli, tj.:

- a) tam, gdzie jest 141,53228, powinno być 176,916, co stanowi iloczyn $4 \times 34,5 \times 0,5 \times 2564/1000$;
- b) tam, gdzie jest 1169,184, powinno być 1461,48, co stanowi iloczyn $19 \times 60 \times 0,5 \times 2564/1000$;
- c) tam, gdzie jest 1263,5392, powinno być 1579,424, co stanowi iloczyn $16 \times 77 \times 0,5 \times 2564/1000$,
- d) tam, gdzie brak było wyniku, powinno być 621,77, co stanowi iloczyn $5 \times 97 \times 0,5 \times 2564/1000$;
- e) tam, gdzie jest 229,7344, powinno być 287,168, co stanowi iloczyn $2 \times 112 \times 0,5 \times 2564/1000$.

Również w tym przypadku, błędnie wpisane wartości zużycia energii kWh po redukcji dla dróg wojewódzkich, są możliwe do przeliczenia w prosty sposób, jak powyżej, tj. przez mnożenie wartości podanych przez Odwołującego w tabeli załączonej do oferty.

Wobec powyższego Zamawiający winien był dokonać poprawy powyższych omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako innych omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający miał też podstawę, aby skorzystać z przysługującego mu uprawnienia do wyjaśnienia treści złożonej oferty, w oparciu o przepis art. 87 ust. 1 Pzp, Odwołujący wskazuje, że wszystkie omówione wyżej omyłki zawarte w załączonym do oferty wyliczeniu redukcji zużycia energii elektrycznej, były możliwe do poprawienia przez Zamawiającego.

Należy wskazać, że odrzuceniu podlegać może wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (KIO 522/11, wyrok z 23 marca 2011 r.). W niniejszej sprawie Zamawiający miał wystarczające przesłanki do dokonania tej czynności w oparciu o informacje zawarte w ofercie. Mógł też uprzednio skorzystać z prawa do wyjaśnienia treści oferty, czego jednak nie uczynił. Skorzystanie przez zamawiającego z art. 87 ust. 1 Pzp może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz

również dla ustalenia w jaki sposób należałoby ją poprawić. Należy odróżnić dopuszczalne skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień. Należy podkreślić, że z uwagi na „nieoczywisty” charakter innych omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione.

Odwołujący z ostrożności podniósł także, że część omyłek może być zakwalifikowana jako oczywista omyłka rachunkowa, W tym zakresie należy wskazać, iż za taką omyłkę może być uznana omyłka polegająca na błędnym wpisaniu wartości zużycia energii kWh po redukcji dla dróg wojewódzkich, dla których przewidziana została redukcja natężenia oświetlenia nieprzekraczająca 50% mocy nominalnej. W takim wypadku również Zamawiający zobowiązany był do ich poprawienia.

Odwołujący wskazał również, że Zamawiający winien ewentualnie, z uwagi na treść SIWZ, a w szczególności pkt 7.1, pkt 7.1.5 w zw. z pkt 11.10 SIWZ, skorzystać z instrumentów przewidzianych w art. 26 ust. 3 Pzp i wezwać Odwołującego do uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień dotyczących złożonego dokumentu z wyliczeniem redukcji zużycia energii elektrycznej.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, argumentując jak niżej.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp

Zamawiający podał, że na gruncie przepisów Pzp oraz orzecznictwa, nie było możliwości uzupełnienia brakujących danych przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający przytoczył przepis art. 25 ust. 1 Pzp i podał, że jego treść przeniósł do pkt. 7.1.6 SIWZ oraz w działu 1.3.3 PFU. Przywołał również brzmienie art. 26 ust. 3 Pzp i stwierdził, że odnosi się on wyłącznie do dokumentów z art. 25 ust. 1 Pzp, a nie do treści oferty. W tej kwestii zastosowanie może znaleźć art. 87 ust. 1 Pzp, przy czym Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienia nie mogą prowadzić do negocjacji treści złożonej oferty. Biorąc to pod uwagę Zamawiający wskazał, że w przypadku braku części obliczeń w wyliczeniu redukcji zużycia energii elektrycznej złożonym przez Odwołującego, nie miał możliwości wezwania do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący przyznał okoliczność przygotowania dokumentu pod nazwą „Wyliczenie redukcji zużycia energii elektrycznej” z błędami i brakami. Odwołujący nie wyliczył zużycia energii dla 5 proponowanych opraw o mocy 97 W każda.

Zamawiający podkreślił, że nie zgadza się z Odwołującym, jakoby uzupełnienie brakujących pozycji nie zmieniłoby treści oferty. Ponieważ cały dokument pod nazwą „Wyliczenie redukcji zużycia energii elektrycznej” stanowił część składową oferty, a nie tylko sam wskaźnik procentowy, to jego uzupełnienie w myśl wyliczeń podanych przez Odwołującego zmieniłoby treść dokumentu w pozycji „Sumaryczne zużycie po redukcji”. W tej pozycji w ofercie złożonej przez Odwołującego widniała wartość: 96.399,1 kWh. Dodanie do niej tylko zużycia 5 nieuwzględnionych w obliczeniach opraw zmieniłoby tę ilość na 97.728,97 (dotychczasowa 96.399,1 plus 708,1 plus 621,77). To stanowiłoby zmianę treści oferty, co jest zabronione w art. 87 ust. 1 Pzp.

W konsekwencji całe wyliczenie redukcji zużycia energii elektrycznej stanowi część składową oferty, a nie tylko procentowy uzysk liczony z miejscami po przecinku lub bez (co sugeruje Odwołujący, że naniesienie poprawek przez Zamawiającego nie zmieniłoby zaokrąglonej wartości redukcji zużycia energii). Bez wątplenia, przyszłe zużycie energii na poziomie 96.399,1 kWh zaproponowanym w wyliczeniu złożonym z ofertą i stanowiącym jej część, różni się i jest bardziej korzystne dla Zamawiającego niż 97.728,97 kWh, wynikające z ewentualnego uzupełnienia brakujących obliczeń. Zdaniem Zamawiającego w tym miejscu nasuwa się kolejna jeszcze wątpliwość – Odwołujący w obliczeniach zawartych w odwołaniu wyliczył wartość zużycia w czasie redukcji na poziomie -50%, a w złożonym z ofertą ,wyliczeniu podał wartość zużycia w czasie redukcji na poziomie -60%.

Zamawiający stwierdził, że nie jest jego zadaniem domyślanie się niewskazanych w dokumencie algorytmów i uzupełnianie brakujących danych skutkujących zmianą treści oferty. Zamawiający uznaje, że składający oferty wykonawcy są profesjonalistami w swojej dziedzinie.

W tym samym postępowaniu „Izba podzieliła stanowisko orzecznictwa, że zakres oferty służący do jej oceny w ramach kryteriów oceny ofert, nie podlega uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert. Treść oferty może być wyjaśniana wyłącznie w trybie wynikającym z art. 87 ust. 1 Pzp, przewidującym po stronie Zamawiającego uprawnienie do zastosowania przewidzianej w nim procedury.

Zamawiający nie miał podstaw prawnych do dokonywania poprawy omyłek nieoczywistych, skutkujących zmianą oświadczenia woli jakim jest oferta i jej istotnych składników. W przedmiotowej sprawie doszłoby do zmiany wartości oferowanych

oszczędności oraz ilości zaoszczędzonej energii, co również powodowałoby zmianę istotnej treści oferty.

Odnosząc się do wyliczenia redukcji zużycia energii w oparciu o 60-procentowy współczynnik Zamawiający podał, że wobec różnych zapisów w nagłówkach kolumn i rzeczywistego wyliczenia matematycznego wartości w poszczególnych pozycjach, niemożliwe byłoby uzupełnienie lub poprawienie wyliczeń przez Zamawiającego, gdyż nie spełniają one ustawowego wymogu „omyłek oczywistych”. Nie można mówić o omyłce oczywistej jeżeli Odwołujący deklaruje 50% redukcji, oblicza 60% redukcji, a dla jednej z pozycji nie oblicza jej w ogóle. Zamawiający nie powinien się domyślać intencji wykonawców, lecz powinien otrzymać profesjonalnie przygotowany dokument, który jest spójny wewnętrznie i zgodny z wymogami SIWZ. Zamawiający nie wymagał od wykonawców zadań ponad ich siły, gdyż z rozeznania Zamawiającego wynika, że Odwołujący w innych podobnych postępowaniach składał podobne dokumenty i wówczas nie miał problemu z ich rzetelnym i prawidłowym przygotowaniem. Brak profesjonalnego podejścia Odwołującego do przygotowania oferty nie może skutkować żądaniem od Zamawiającego poprawiania omyłek nieoczywistych lub nawet ukrytych. Istnieje przecież hipotetyczna możliwość, że błędne wyliczenia mogły zostać przygotowane celowo, aby poprawić wartość wskaźnika punktowanego (redukcja zużycia).

Także w tym przypadku poprawienie tych nieoczywistych pomyłek Odwołującego skutkowałoby zmianą treści oświadczenia w ofercie o wysokości redukcji zużycia energii elektrycznej będącej czynnikiem punktowanym. Taka procedura jest niedozwolona w myśl art. 87 ust. 1 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp

Zamawiający podkreślił ponownie, że wyjaśnienia można złożyć tylko do istniejącego dokumentu lub jego części. Zgodnie z powszechnym w doktrynie poglądem procedura wyjaśniania treści oferty w ujęciu art. 87 ust. 1 Pzp nie może co do zasady skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia, nie mogą jednak zmieniać treści dokumentu. Zamawiający nie mógł więc wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie brakującej pozycji w wyliczeniu redukcji zużycia energii, gdyż nie istniał element do wyjaśnienia. Katalog czynności, które mogą być objęte dokonaniem wyjaśnień lub poprawek, nie obejmuje braków występujących w ofercie Odwołującego. Odwołujący nie może zostać wezwany do złożenia wyjaśnień odnośnie pozycji, której nie ma, gdyż wpisanie danych w

puste pola oznaczałoby nieuprawnioną ingerencję w treść oferty po jej złożeniu, a nie samo wyjaśnienie.

W zakresie złożenia wyjaśnień odnośnie niezgodnego z wymogami SIWZ wyliczenia redukcji natężenia oświetlenia na drogach wojewódzkich, Zamawiający stanął na stanowisku, że złożenie wyjaśnień w tym zakresie, zgodnie z intencją Odwołującego, skutkowałoby zmianą treści oferty, co jest niezgodne z zapisami art. 87 ust. 1 Pzp.

Zamawiający stwierdził, że również w tym zakresie mamy do czynienia z pewnym niedbalstwem wykonawcy jako profesjonalisty, gdyż nie sprawdził on dokonanych przez siebie obliczeń ani nie podał algorytmów, które Zamawiający mógłby zastosować do ewentualnej korekty obliczeń, gdyby było to możliwe w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Dodatkowo, w stosunku do profesjonalistów, miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Zamawiający w treści SIWZ (pkt 14.4) wskazał ograniczenia dla wyliczeń redukcji, aby uzyskany efekt ekonomiczny nie przekreślił efektu oświetleniowego. Zamawiający wymagał:

„Dla wyliczeń redukcji zużycia energii elektrycznej należy przyjąć roczny czas świecenia opraw w ilości 4024 godziny. Zamawiający dopuszcza stosowanie redukcji natężenia oświetlenia w godzinach zmniejszonego natężenia ruchu kołowego i pieszego. Zamawiający wymaga przedstawienia obliczeń potwierdzających proponowaną skalę redukcji. Zamawiający zastrzega sobie prawo do odrzucenia wyliczeń redukcji zużycia energii elektrycznej, a co za tym idzie, nieuwzględniania tego parametru przy ocenie punktowej oferty, w przypadku rażącego obniżania natężenia oświetlenia w obliczeniach, nie gwarantującego utrzymania właściwego poziomu bezpiecznego dla użytkowników ciągów jezdnych i pieszych. Zamawiający wymaga, aby minimalna ilość godzin świecenia opraw bez stosowania redukcji natężenia oświetlenia obejmowała okres pomiędzy 18.00 a 22.00. Na drogach wojewódzkich wartość redukcji natężenia oświetlenia w godzinach zmniejszonego natężenia ruchu nie może przekroczyć 50%. Na drogach powiatowych i gminnych Zamawiający nie uzna redukcji natężenia oświetlenia poniżej 30% wartości nominalnej. Redukcja w takim zakresie wyłącznie w godzinach nocnych. Dla opraw o mocach poniżej 20W nie należy stosować programów redukcji natężenia, powinny świecić całą noc na poziomie nominalnym”.

Odwołujący, składając wyliczenia dla dróg wojewódzkich na poziomie redukcji -60% natężenia, nie spełnił wymogów SIWZ, wobec czego czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp była zasadna. Zamawiający bowiem wyraźnie wskazał, że na drogach wojewódzkich wartość redukcji nie może przekroczyć 50%. To, czy podanie takich, a nie innych wyliczeń wynikało z niezamierzonego błędu Odwołującego, czy być może z celowego działania, nie może mieć wpływu na ocenę faktu zawarcia w ofercie propozycji niezgodnej z SIWZ. Sam nagłówek kolumny o treści „Czas redukcji o 50% mocy nominalnej (h)” nie świadczy o tym, jakie poniżej nagłówka powinny zostać zastosowane algorytmy, gdyż Odwołujący ich nie wskazał. A gdyby nawet je wskazał, to przeliczenie zużycia według prawidłowego algorytmu powodowałoby zmianę treści oferty. Jak przyznał sam Odwołujący łączna różnica w zużyciu energii w czasie redukcji wynikająca z błędnego wyliczenia to 1.322,2 kWh. To kolejna wartość do dodania do 96.399,1 kWh i 708,1 kWh, co w sposób oczywisty zmienia treść oferty.

Zamawiający podkreślił również, że zastosowana przez Odwołującego argumentacja, jakoby wyliczenie procentowe (bez miejsc po przecinku) się nie zmieniło, nie zasługuje na uwzględnienie. Gdyby kolejny wykonawca wykazał podobną wartość redukcji, Zamawiający musiałby zbadać różnice z dokładnością do nawet kilku miejsc po przecinku. W przypadku oferty Odwołującego wartość pierwotna redukcji wynosiła 81,05%, a po przeliczeniu nieuwzględnionych lub zaniżonych obliczeń 80,65%. O ile w przybliżeniu nadal jest to 81%, o tyle ilość kilowatogodzin po redukcji zmienia się z 96.399,1 na 98.429,4, co stanowi istotną różnicę w ofercie, niedopuszczalną na gruncie Pzp. Poza tym, wartość 80,65% oznacza, że Odwołujący nie osiągnie deklarowanego poziomu 81%, tylko mniej, co jest niewątpliwą zmianą treści oferty.

Zamawiający zaznaczył, że zaakceptowanie możliwości dokonywania znaczących poprawek w treści złożonych przez wykonawców ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego skutkowałoby całkowitym paraliżem zarówno instytucji Zamawiających, jak i KIO, wobec możliwości odwoływania się przez wykonawców od każdej czynności odrzucenia oferty przez Zamawiających na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Argumentacja, że elementy oferty niezgodne z SIWZ mogą podlegać uzupełnieniu lub poprawieniu w trybie art. 87 ust. 1 i 2 Pzp, jest niezgodna z duchem Pzp i sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Czynność odrzucenia oferty była zatem prawidłowa i podjęta zgodnie z brzmieniem ustawy i dotychczasowym orzecznictwem.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosił wykonawca LUG Services sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełnienia przez zgłoszone przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp postanowiła o dopuszczeniu ww. wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Na rozprawie Strony podtrzymały dotychczasową argumentację w sprawie.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści kart katalogowych opraw oświetleniowych zaoferowanych przez Odwołującego, na okoliczność niespełniania wymagań przez zaoferowane wyroby określonych w.....

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Odwołującego i zawiadomienia

Na podstawie art. 190 ust. 6 *in fine* Pzp oddalono wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści przedstawionych przez Zamawiającego kart katalogowych, jako że nie dotyczyły one okoliczności istotnych w sprawie. Świadczy o tym sformułowana przez Zamawiającego teza dowodowa (patrz wyżej), która w żaden sposób nie dotyczyła okoliczności leżących u podstaw odrzucenia oferty Odwołującego. W konsekwencji skład orzekający doszedł do przekonania, że ww. dowody zostały powołane jedynie dla zwłoki.

Izba uznała, że stan faktyczny sprawy został przedstawiony przez Strony postępowania odwoławczego w sposób adekwatny do wniosków płynących z dopuszczonych i przeprowadzonych dowodów, a zatem nie wymaga ponownego omówienia.

W powyższych okolicznościach skład orzekający stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

Podkreślenia na wstępie wymaga, że jakkolwiek Zamawiający zobligował wykonawców do załączenia do oferty wyliczenia zużycia energii elektrycznej dla zaoferowanych opraw oświetleniowych, stanowiącego element treści oferty – zobowiązania wykonawcy (argument z), to jednak nie określił jego wzoru. W ocenie Izby okoliczność ta ma istotne znaczenie w kontekście omyłkowego charakteru zidentyfikowanych przez Zamawiającego niezgodności treści oferty Odwołującego z SIWZ. Należy bowiem zauważyć, że Odwołujący samodzielnie skonstruował odpowiedni formularz, przewidując, w ostatniej kolumnie wyliczenia, redukcję mocy na poziomie 50%. Co ważne, z postanowienia pkt 14.5 SIWZ wynikało, że wykonawcy mogli przyjąć poziom redukcji mocy dla opraw

instalowanych na drogach wojewódzkich w przedziale 0-50 procent („[...]wartość redukcji natężenia [...] nie może przekroczyć 50%”). Skoro zatem Odwołujący samodzielnie zadeklarował wartość omawianego parametru na poziomie 50%, a następnie dokonał obliczeń zużycia energii dla zaoferowanych opraw przy użyciu innego niż zadeklarowanego wskaźnika (tu – 60-procentowego), to jego działanie należało ocenić jako mające charakter omyłki, tj. niezamierzonej niedokładności. Nie sposób twierdzić przy tym, za Zamawiającym, że zadeklarowany w ostatniej kolumnie parametr redukcji mocy nominalnej pozbawiony był znaczenia z uwagi na fakt, że Odwołujący nie przedstawił żadnego algorytmu wyliczenia parametru zużycia energii przy uwzględnieniu redukcji mocy. Abstrahując od okoliczności, że Zamawiający nie wskazał na inny niż wynikający z treści odwołania, sposób obliczenia wspomnianego parametru, to z pewnością algorytm ten znał, skoro samodzielnie ustalił, że Odwołujący przyjął do obliczeń 60-procentową redukcję, w miejsce zadeklarowanej redukcji 50-procentowej.

Omyłkowemu charakterowi tej niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ nie przeczy również podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, że polegała ona na pominięciu określonych informacji w treści oferty. W przekonaniu składu orzekającego niedokładność stanowiąca istotę omyłki nie musi wyrażać się li tylko we wprowadzeniu do treści oferty niewłaściwej informacji, ale również w niezamierzonym opuszczeniu pewnej informacji. Konieczne jest przy tym stwierdzenie, że w przypadku tej omyłki Zamawiający posiadał komplet danych wynikających z treści samego wyliczenia, umożliwiających uzupełnienie jego brakujących elementów

Za omyłkę uznać należało również zaniechanie podania wyników zużycia energii dla jednej z zaoferowanych opraw oświetleniowych. W sytuacji, w której – jak wspomniano – Odwołujący samodzielnie sporządził sporne wyliczenie, w tym opisał liczbę i moc oferowanych opraw, a nadto zadeklarował określoną wartość redukcji ich mocy nominalnej i w oparciu o te parametry obliczył zużycie energii dla niemalże wszystkich opraw, pominięcie w wyliczeniu wyników wyłącznie dla jednej oprawy, nie można było zakwalifikować inaczej niż jako niezamierzoną niedokładność, czyli omyłkę. Na marginesie warto zaznaczyć, że także i w tym przypadku omyłki możliwe były do poprawienia na podstawie innych informacji ujętych w treści sporządzonego przez Odwołującego wyliczenia.

Nie ulegało wątpliwości, że omówione powyżej omyłki polegały na niezgodności treści oferty z SIWZ. Jak bowiem wynika z postanowień obowiązkiem wykonawcy było przedstawienie kompletnego wyliczenia, ponieważ stanowiło ono podstawę oceny oferty w jednym z pozacenowych kryteriów oceny ofert, którym to wymaganiom oferta Odwołującego uchybiała. Izba podkreśla przy tym, że przepisy Pzp nie zawierają zakazu poprawiania omyłek dotyczących danych podlegających ocenie w kryteriach, na podstawie których

dokonywany jest wybór oferty najkorzystniejszej. Inaczej jest w przypadku negocjowania takich treści oferty, które jest niedopuszczalne, jako zawierające się w ramach generalnego zakazu prowadzenia negocjacji w przedmiocie złożonej oferty (zob. przepis art. 87 ust. 1 zdanie drugie *in principio* Pzp), niemniej jednak potrzeba wyjaśnienia treści oferty Odwołującego w spornym zakresie w ogóle nie powstała, o czym w dalszej części uzasadnienia.

W konsekwencji przedstawionych powyżej zapatrywań rozważyć należało trzecią z przesłanek kwalifikowania niezgodności treści oferty z SIWZ jako omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a to istotności wpływu ich poprawienia na treść oferty. Wspomniany przepis dopuszcza jedynie taką korektę oferty, która nie powoduje jej istotnej zmiany. Skład orzekający stanął zatem przed koniecznością przesądzenia, czy wprowadzenie korekt/uzupełnień *de facto* w każdej z pięciu pozycji wyliczenia, w których należało podać wyniki zużycia energii, stanowi istotną, jak przekonywał Zamawiający, zmianę treści oferty. Rozstrzygnięcia tej kwestii należało poszukiwać w stanowisku Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie przedstawił szczegółowe wyliczenia sumarycznego zużycia energii po redukcji i wskaźnika obniżenia zużycia energii po modernizacji oświetlenia. Widać to w szczególności na przykładzie drugiego ze wskazanych parametrów, który przy prawidłowym wyliczeniu, uległ obniżeniu z 81,5% do 80,65%. W przekonaniu Izby nie jest to zmiana istotna. Istotność zmiany oferty odnosić należy bowiem nie tyle do zakresu ingerencji w jej treść, ile do właściwości oferowanego świadczenia.

Reasumując dotychczasowe rozważania Izba dopatrzyła się w działaniu Zamawiającego naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 2 pkt 3 Pzp, w konsekwencji czego nakazała Zamawiającemu unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego i poprawienia innych omyłek w jej treści w zakresie i w sposób omówiony powyżej, o czym orzeczono w pkt 1 sentencji wyroku.

Odnosnie pozostałych zarzucanych Zamawiającemu naruszeń związanych z zaskarżoną odwołaniem czynnością skład orzekający uznał je za niezasadne.

Przede wszystkim nie sposób twierdzić o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, który nie mógł mieć zastosowania do wyliczenia z uwagi na jego charakter. Jak wspomniano, stanowiło ono element treści oferty wykonawcy, charakteryzujący oferowane świadczenie, i – co istotne – podlegający ocenie w pozacenowym kryterium oceny ofert, podczas gdy wspomniana regulacja odnosi się do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, tj. tzw. dokumentów podmiotowych i przedmiotowych.

Skład orzekający nie dopatrzył się również zarzucanej Zamawiającemu obrazy przepisu art. 87 ust. 1 Pzp w tym sensie, że jego ewentualne zastosowanie było w tej sprawie zbędne. Jak wspomniano powyżej, Zamawiający dysponował kompletem informacji umożliwiającym poprawienie omyłek, którymi dotknięte było wyliczenie sporządzone przez Odwołującego, ergo nie zachodziła, nawet potencjalnie, potrzeba zwracania się do Odwołującego o wyjaśnienie sposobu ich poprawienia, czy danych niezbędnych do wykonania tej czynności.

Odwołujący błędnie zakwalifikował omyłki polegające na przedstawieniu błędnych wyliczeń zużycia energii, jako oczywiste omyłki rachunkowe, nie trafnie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Pod pojęciem omyłek rachunkowych Izba rozumie efekty wadliwego przeprowadzenia określonych działań arytmetycznych, podczas gdy przedstawione przez Odwołującego wyniki działań były wprawdzie prawidłowe, ale ich podstawą był parametr przyjęty na omyłkowo określonym, niewłaściwym poziomie.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: