

Sygn. akt: KIO 370/21

WYROK
z dnia 5 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2021 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Robót Telekomunikacyjnych Sp. z o.o., ul. Załęska 63B, 35-322 Rzeszów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miasto Rzeszów – Urząd Miasta Rzeszowa, ul. Rynek 1, 35-064 Rzeszów,**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gmina Miasto Rzeszów – Urząd Miasta Rzeszowa, ul. Rynek 1, 35-064 Rzeszów, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Robót Telekomunikacyjnych Sp. z o.o., ul. Załęska 63B, 35-322 Rzeszów,** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: **Gmina Miasto Rzeszów – Urząd Miasta Rzeszowa, ul. Rynek 1, 35-064 Rzeszów** na rzecz wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Robót Telekomunikacyjnych Sp. z o.o., ul. Załęska 63B, 35-322 Rzeszów** kwotę: **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Urząd Miasta Rzeszowa - Wydział Centralnego Zamawiającego, działający w imieniu i na rzecz Zamawiającego - Miejskiego Zarządu Dróg w Rzeszowie - prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na: „Roboty budowlane polegające na budowie oświetlenia ścieżek rowerowych nad Wisłokiem. Etap I”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych – nr pozycji: 595636-N-2020 w dniu 9 października 2020 r.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Telekomunikacyjnych Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez wykonawcę ELTOR Sp. z o.o. na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, z późn. zm.), zwanej dalej Pzp, pomimo że Odwołujący był i jest zainteresowany podpisaniem umowy z Zamawiającym oraz nie uchylał się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. czynności z dnia 29 stycznia 2021 r.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

- art. 94 ust. 3 w zw. z art. 24aa ust. 2 Pzp, poprzez dokonanie tzw. zastępczego wyboru oferty najkorzystniejszej, oferty wykonawcy ELTOR Sp. z o.o., pomimo braku zaistnienia po temu przesłanek, tj. pomimo tego, iż Odwołujący, którego oferta została wybrana pierwotnie jako najkorzystniejsza, nie uchylał się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- art. 24aa ust. 2 Pzp, przez bezzasadne uznanie, że Odwołujący uchylał się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, co skutkowało nieuprawnionym przystąpieniem do badania, czy wykonawca ELTOR Sp. z o.o., jako wykonawca, który złożył ofertę najwyższej ocenioną spośród pozostałych ofert, nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu,
- art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku ze stawianiem przez Zamawiającego wobec Odwołującego przed podpisaniem umowy wymagań niezgodnych z SIWZ, co doprowadziło do uznania, że Odwołujący uchyla się od podpisania umowy, a tym samym zastosowania art. 94 ust. 3 Pzp, poprzez dokonanie tzw. zastępczego wyboru oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy ELTOR Sp. z o. o. na podstawie art. 94 ust. 3 Pzp oraz ponowne wyznaczenie Odwołującemu terminu do zawarcia umowy i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik nr 4 do Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) zastrzegł wymagania odnośnie słupów dekoracyjnych stalowych z oprawami dekoracyjnymi parkowymi LED, które zostały uaktualnione pismem z dnia 22 października 2020 r. „Wyjaśnienia i zmiana treści SIWZ”, zgodnie z dokumentem „Uaktualnienie specyfikacji dotyczących opraw i słupów oświetleniowych - ścieżki nad Wisłokiem”.

Kwestia wymagań w zakresie opraw była przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego z dnia 28 października 2020r. W SIWZ Zamawiający zastrzegł w punkcie XIV, iż wykonawca po wyborze najkorzystniejszej oferty w celu zawarcia umowy powinien przedłożyć wymienione dokumenty lub oświadczenia. Zamawiający wskazał jednocześnie, że „Niedopełnienie tych formalności stanowić będzie uchylenie się przez Wykonawcę od zawarcia umowy”.

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu. W dniu 27 listopada 2020 r. oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 92 ust. 2 Pzp, a następnie pismem z dnia 3 grudnia 2020r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia dokumentów przewidzianych w SIWZ, wyznaczając termin do 4 grudnia 2020 r. (tj. jeden dzień) pod rygorem uznania, iż nieprzedłożenie ww. dokumentów zostanie potraktowane, jako niepodpisanie umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Odwołujący za pismem z dnia 4 grudnia 2020r. przedłożył Zamawiającemu wszystkie wymagane w pkt. XIV SIWZ dokumenty, tj. kosztorys ofertowy na płycie CD, zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej oraz w formie przelewu (rękojmia), oświadczenie z podaniem danych dotyczących oświetlenia wraz z oświadczeniem producenta, obliczenia fotometryczne, kartę katalogową oprawy, deklarację zgodności oraz certyfikaty, oświadczenie w zakresie słupów, które mają zostać użyte do inwestycji, uprawnienia budowlane kierownika budowy.

W związku z przedłożeniem przez Odwołującego ww. dokumentów Zamawiający przełożył wcześniej wskazany termin podpisania umowy, uzasadniając powyższe koniecznością sprawdzenia przedłożonych dokumentów. W ocenie Odwołującego, nie sposób uznać za racjonalne postępowania Zamawiającego, który już pierwotnie wyznaczył rażąco krótki termin, a który w konsekwencji uniemożliwił procedowanie w wyznaczonych ramach czasowych samemu Zamawiającemu.

Wobec bezczynności Zamawiającego, Odwołujący wystosował do Zamawiającego pismo z dnia 9 grudnia 2020r. wskazujące, iż pomimo znacznego upływu czasu, niewspółmiernie długiego do objętości złożonych dokumentów, wciąż nie wyznaczono terminu podpisania umowy. Odwołujący wskazał, że powyższe opóźnienia powodują, iż Odwołujący nie może dokonać zamówień, co biorąc pod uwagę terminy wykonania robót

może powodować utrudnienia w wykonaniu zamówienia.

Pismem z dnia 11 grudnia 2020r. (data wpływu do Odwołującego - 15 grudzień 2020r.) Zamawiający wskazał, że dokumenty złożone przez Odwołującego nie potwierdzają warunków określonych w SIWZ i wyznaczył kolejny termin do przedłożenia dokumentów zgodnych z SIWZ do dnia 15 grudnia 2020r. do godziny 12:00. Zamawiający wskazał jedynie lakonicznie, że „oprawy oświetleniowe nie spełniają wymagań technicznych w co najmniej 7 punktach, a słupy oświetleniowe nie spełniają co najmniej dwóch wymogów formalno-prawnych”, nie dając Odwołującemu możliwości merytorycznego odniesienia się do przedmiotowych zarzutów.

Odwołujący pismem z dnia 15 grudnia 2020r. wskazał na kompletność przedłożonej dokumentacji, potwierdzającej spełnienie wszystkich zapisów SIWZ, przedkładając dodatkowo oświadczenia firmy PROMAR oraz producenta opraw oświetleniowych o zgodności z SIWZ. Ponadto, Odwołujący wezwał Zamawiającego do bezzwłocznego wskazania, jakich wymagań technicznych rzekomo nie spełniają słupy i oprawy oświetleniowe.

W dniu 16 grudnia 2020r., wobec braku uzyskania powyższych informacji Odwołujący ponownie wezwał Zamawiającego do bezzwłocznego wskazania, jakich wymagań technicznych rzekomo nie spełniają słupy i oprawy oświetleniowe, również bezskutecznie.

Pismem z dnia 18 grudnia 2020r. Zamawiający wskazał wymagania techniczne, których według Zamawiającego, nie spełnianą elementy zaoferowane przez Odwołującego.

Odwołujący, pismem z dnia 24 grudnia 2020r. odniósł się szczegółowo do zarzutów Zamawiającego, wykazując punkt po punkcie zgodność przedłożonej dokumentacji z poszczególnymi wymogami SIWZ oraz przedstawiając odpowiednie dokumenty i oświadczenia, celem rozwiania wszelkich wątpliwości Zamawiającego.

Wobec braku odpowiedzi Zamawiającego. Odwołujący pismem z dnia 12 stycznia 2021r. zwrócił się z wezwaniem do wyznaczenia miejsca i terminu podpisania umowy.

W odpowiedzi na powyższe pismo, dnia 12 stycznia 2021 r. Zamawiający po raz kolejny stwierdził, iż w jego ocenie dokumenty oraz materiały zaproponowane przez Odwołującego nie spełniają warunków określonych w SIWZ, w związku z czym nie jest możliwe zawarcie umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zamawiający w powyższym piśmie wskazał już tylko 3 sporne elementy.

Pismem z dnia 15 stycznia 2021r. Odwołujący po raz kolejny starał się udowodnić prawidłowość złożonej dokumentacji oraz spełnienie parametrów określonych w SIWZ przez zaproponowane oprawy i słupy.

Zamawiający pismem z dnia 15 stycznia 2021r. wezwał wykonawcę ELTOR sp. z o.o. do złożenia Wykazu robót budowlanych oraz Wykazu osób. W dniu 29 stycznia 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty wykonawcy ELTOR sp. z o.o. jako

najkorzystniejszej za kwotę 1.740.450,00 zł brutto. Zamawiający, uzasadniając powyższe, wskazał na uchylenie się przez pierwotnie wybranego wykonawcę od zawarcia umowy.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 12 stycznia 2021r., pomiędzy stronami sporne są 3 okoliczności:

- w zakresie oprawy:

1. czy zaoferowana oprawa spełnia wymagania SIWZ w zakresie ryzyka fotobiologicznego klasy RG0,

2. czy zaoferowana oprawa spełnia określone w SIWZ (Uaktualnienie specyfikacji dotyczących opraw i słupów oświetleniowych - ścieżki nad Wisłokiem) i wyjaśnieniach Zamawiającego z dnia 28 października 2021 r. cechy korpusu oprawy,

- w zakresie słupów oświetleniowych:

3. czy zaoferowane słupy oświetleniowe posiadają wymagane w SIWZ deklaracje zgodności CE(WE).

Odwołujący podkreślił, że w pismach kierowanych do Zamawiającego wyjaśnił:

- w zakresie oprawy:

1. oprawa oświetleniowa firmy Schreder spełnia wymogi ryzyka fotobiologicznego RG0. Wg opinii Odwołującego oraz producenta opraw oświetleniowych (załączniki do pisma z dnia 15 grudnia 2020r., oraz do pisma z dnia 24 grudnia 2020r.) Zamawiający niewłaściwie interpretuje zapisy normy, na podstawie których wykonywane są badania ryzyka fotobiologicznego RG0. Odwołujący wskazał, że proponowana przez niego oprawa firmy Schreder posiada znacznie lepsze parametry niż oprawa referencyjna firmy Neri, Lang - LED P, której rysunek Zamawiający zamieścił w specyfikacji jako materiał informacyjno-poglądowy.

2. Zamawiający w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej nie opisał, jakie szczególne efekty świetlne ma generować oprawa, jak również nie określił jej wymiarów. W wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 28 października 2020r. Zamawiający poinformował, że zamieszczone w dokumentacji zdjęcie oprawy ma charakter poglądowo - informacyjny. Z uwagi na fakt, że Zamawiający nie wskazał tolerancji dopuszczalnych wymiarów wcześniej, nie ma podstaw, aby na tym etapie postępowania wymagał zachowania wymiarów oprawy referencyjnej. Ponadto, Odwołujący poinformował, że w dokumentacji przetargowej oraz w późniejszej aktualizacji Zamawiający nie wymagał, aby oprawa była wyposażona w element dekoracyjny, brak było również opisu co do wyglądu (wzoru) elementu dekoracyjnego, co na obecnym etapie zarzuca Zamawiający.

- w zakresie słupów oświetleniowych:

3. Odwołujący, po sprecyzowaniu przez Zamawiającego swoich zastrzeżeń pismem z dnia 18 grudnia 2020r., za pismem z dnia 24 grudnia 2020r., przedłożył Zamawiającemu Deklarację własności użytkowych producenta słupów spółki SENKO nr I/SE/2020, która

stanowi deklarację zgodności CE(WE), wymaganą przez Zamawiającego, Certyfikat Stałości Własności Użytkowych, jak również wyjaśnił, że producentem słupów jest firma SENKO, natomiast firma PROMAR montuje jedynie dekoracyjne atrapy aluminiowe, nie ingerując we właściwości konstrukcyjne słupów. Odwołujący na potwierdzenie dołączył oświadczenia producenta opraw, oświadczenia i wyjaśnienia wykonawcy elementów dekoracyjnych słupów firmy PROMAR A. Ż. Sp. j., jak również inne niezbędne dokumenty (w tym deklaracje producenta słupów), potwierdzające spełnianie wymagań określonych w SIWZ. Odwołujący wskazał, że w związku z kolejnymi pismami Zamawiającego kwestionującymi zgodność charakterystyki oferowanych przez Odwołującego opraw i słupów z SIWZ, występował do producenta o wyjaśnienie wątpliwości Zamawiającego i przedkładał stosowne dowody. W odpowiedzi producent Schreder Polska oraz spółka PROMAR A. Ż. Sp. j. wykazali zgodność opraw i słupów z parametrami wskazanymi przez Zamawiającego w specyfikacji.

W związku z powyższym, Zamawiający dokonując czynności w dniu 29 stycznia 2021r., dotyczącej uznania, że zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, a w konsekwencji nie zawierając umowy w sprawie zamówienia publicznego z Odwołującym naruszył przepisy ustawy Pzp.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiający po nieuprawnionym uznaniu, że Odwołujący uchylił się od zawarcia umowy, dokonał wyboru oferty - wykonawcy ELTOR. Pojęcie „uchylania się od zawarcia umowy” zostało zinterpretowane zarówno w orzecznictwie sądowym, jak i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W szczególności należy wskazać na pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z dnia 9 maja 2001r., sygn. akt II CKN 440/00, zgodnie z którym za uchylenie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę jej zawarcia. Ww. stanowisko Sądu Najwyższego powoływane jest w orzeczeniach sądów okręgowych (np. wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 6 września 2005 r., sygn. akt II Ca 460/05) oraz w orzeczeniach Izby (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 14/13). Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej za uchylenie się od zawarcia umowy może być uznana jedynie wyraźna odmowa zawarcia umowy lub innego rodzaju zachowanie w sposób nie budzący wątpliwości wskazujące na brak zamiaru zawarcia umowy.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego, przez uchylenie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę zawarcia umowy wyrażoną przez wykonawcę, który złożył zamawiającemu oświadczenie woli w przedmiocie zaproszenia go przez zamawiającego do podpisania umowy - wprost lub przez zachowanie ujawniające jego wolę w sposób wystarczający.

Odwołujący wyjaśnił, że w okolicznościach niniejszej sprawy, od początku postępowania, w tym po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, przedstawiał jednoznaczną postawę co do zamiaru podpisania umowy z Zamawiającym, co przejawiało

się w reakcji Odwołującego na wątpliwości Zamawiającego oraz pismach kierowanych do Zamawiającego wyrażających gotowość do podpisania umowy. Zamawiający powinien dążyć do wyjaśnienia wszelkich, dających się wyjaśnić wątpliwości w postępowaniu, a nie ryzyko błędnej interpretacji postanowień SIWZ (w tym rozszerzanie wymagań w stosunku co do opraw) przerzucać na Odwołującego i wymagać od niego by ustosunkowywał się do wezwań, w których Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśniał swoich zarzutów do dokumentów i oświadczeń złożonych przez Odwołującego. Spór, jaki wywiązał się pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą co do zgodności z SIWZ oferowanych przez Odwołującego opraw i słupów, jest skutkiem błędnej interpretacji przez Zamawiającego postanowień SIWZ w zakresie wymagań dotyczących opraw i słupów i błędnej oceny przedłożonych przez Odwołującego dokumentów.

Odwołujący podniósł, jak poniżej:

1. Zamawiający w specyfikacji, tj. str. 2 dokumentu „Uaktualnienie specyfikacji dotyczących opraw i słupów oświetleniowych — ścieżki nad Wisłokiem” wskazał: „kształt oprawy parkowy, dekoracyjny z optyką asymetryczną i reflektorem transparentnym, przezroczystym, białym, pryzmatycznym, dającym efekty wizualne w nocy po zaświeceniu oprawy, sylwetka korpusu jak niżej wraz z załączeniem rysunku oprawy”, natomiast w wyjaśnieniach z dnia 28 października 2020r. Zamawiający podał, że: „w zaktualizowanym opisie przedmiotu zamówienia opublikowanym w dniu 22.10.2020 r. (...) Zamawiający wskazał parametry elektryczne, optyczne i fizyczne stanowiące minimalne wymagania, które ma spełnić. Dla lepszego zobrazowania opisu zostały zamieszczone rysunki oprawy oraz słupa z podstawowymi wymiarami. Zamieszczone zdjęcia mają charakter poglądowo-informacyjny. Zamawiający dopuszcza zastosowanie opraw i słupów różnych producentów, które spełniają wymagania określone w specyfikacji.”

Niezrozumiałe są więc zarzuty Zamawiającego, wyrażone w piśmie z dnia 12 stycznia 2021r. w zakresie braku w zaoferowanej oprawie wypełnienia, jakim jest reflektor dekoracyjny, jak również w zakresie dopuszczalnej różnicy w kształcie bryły oprawy, czy opisu jakie efekty świetlne ma generować oprawa. Powyższych wymogów nie sposób odczytać w wymaganiach specyfikacji.

2. Zamawiający w specyfikacji określił: „oprawa musi legitymować się ryzykiem fotobiologicznym klasy RG0”. Odwołujący wyjaśnił, że oferowana przez niego oprawa spełnia powyższy warunek i posiada znacznie lepsze parametry niż oprawa referencyjna firmy Neri, Lang - LED P.

3. Zamawiający w specyfikacji, tj. str. 6 dokumentu „Uaktualnienie specyfikacji dotyczących opraw i słupów oświetleniowych - ścieżki nad Wisłokiem” wskazał „musi posiadać deklarację zgodności CE (WE)”. Odwołujący za pismem z dnia 4 grudnia 2020r. przedłożył Deklarację Zgodności nr 238/DZ/SSA/2020, a następnie za pismem z dnia 24

grudnia 2020r., Certyfikat Stałości Właściwości Użytkowych oraz Deklarację Właściwości Użytkowych producenta słupów oświetleniowych.

Powyższe dokumenty wraz z wyjaśnieniami firmy PROMAR zaopatrującej słupy w dekoracyjne atrapy aluminiowe, potwierdzają, że zaoferowany produkt (słupy) posiada wymaganą w SIWZ deklarację zgodności CE. Producentem słupów, jak zostało to wskazane i udokumentowane w korespondencji, jest firma SENKO, co do której Certyfikat Stałości Właściwości Użytkowych oraz Deklarację Właściwości Użytkowych, odpowiadającą wymaganej przez Zamawiającego deklaracji zgodność CE(WE), Odwołujący przedłożył Zamawiającemu, wyjaśniając jednocześnie, że firma PROMAR, której Deklarację zgodności nr 238/DZ/SSA/2020 również załączył, zaopatruje słupy wyprodukowane przez firmę SENKO jedynie w dekoracyjne atrapy aluminiowe, co w żaden sposób nie wpływa na konstrukcję słupa, co do którego deklarację zgodności wystawiła firma SENKO.

Odwołujący wypełnił zatem wskazany w pkt XIV SIWZ obowiązek przedłożenia deklaracji zgodności CE, oferowane przez Odwołującego oprawy i słupy spełniają wymagania specyfikacji, a tym samym Zamawiający niezasadnie uznał, iż zawarcie umowy jest niemożliwe z uwagi na uchylanie się Odwołującego od podpisania umowy.

W związku z powyższym niezasadne było również zatrzymanie na podstawie art. 46 Pzp wniesionego przez Odwołującego wadium.

Odwołujący wskazał, że Izba co prawda nie może nakazać zawarcia umowy, ale w rozpoznawanym stanie faktycznym nie można mówić o tym, że podpisanie umowy nie może dojść do skutku z uwagi na uchylanie się Odwołującego od podpisania umowy z uwagi na brak spełniania wymagań specyfikacji, a tym samym że Zamawiający uprawniony był do zastosowania art. 94 ust. 3 Pzp.

Pismem z dnia 1 marca 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego. Wskazał, że Odwołujący pozyskał zamówienie i mógł podpisać umowę, jednak nie doszło do jej podpisania z powodu nieprzedłożenia przez Odwołującego wszystkich wymaganych SIWZ dokumentów. Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odpowiedzi na odwołanie lub przedstawionych na rozprawie.

Zamawiający podniósł brak interesu prawnego w złożeniu przez Odwołującego odwołania, gdyż Odwołujący został wybrany i mógł podpisać umowę, gdyby spełnił wymagania Zamawiającego zgodnie z treścią SIWZ. Nie zrobił jednak tego, uznając bezpodstawnie, że zaproponowane oprawy i słupy oświetleniowe oraz dokumenty potwierdzające ich jakość są prawidłowe, wobec czego sam pozbawił się możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia i otworzył drogę Zamawiającemu do zastosowania wyboru zastępczego kolejnego w rankingu ofert wykonawcy. Zdaniem Zamawiającego,

Odwołujący nie wykazał przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, które warunkują uprawnienie wykonawcy do złożenia odwołania.

Zamawiający wyjaśnił, że prowadząc postępowanie, przewidział w pkt 4 i 5 rozdz. XIV SIWZ pod tytułem „Formalności niezbędne do zawarcia umowy jakie powinny zostać dopełnione po wyborze ofert”, że wybrany wykonawca ma złożyć m.in. „kartę katalogową oprawy z certyfikatami dla opraw oświetleniowych oraz kartę katalogową słupów wraz z certyfikatem”, w zakresie zgodnym ze Specyfikacjami technicznymi. Na zadane w trakcie trwania przetargu pytania co do opraw oświetleniowych, Zamawiający w dniu 28.10.2020 r, wyjaśnił: „Zamawiający wskazał parametry techniczne, optyczne i fizyczne stanowiące minimalne wymagania, które oprawa ma spełniać. Dla lepszego zobrazowania opisu zostały zamieszczone rysunki oprawy oraz słupa z podstawowymi wymiarami. Zamieszczone zdjęcia mają charakter poglądowo-informacyjny.”

Zamawiający zaprzeczył jakoby bezpodstawnie zastosował przepis art 94 ust. 3 Pzp. Zamawiający wskazał, że wnikliwie badał w postępowaniu ofertę Odwołującego, celem ustalenia, czy nie zawiera rażąco niskiej ceny, czy jest zgodna z SIWZ i zapewnia wykonanie prac zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiający wezwał Odwołującego do przedstawienia dokumentów potwierdzających jakość materiałów zgodnych z wymaganiami SIWZ. Zamawiający wskazał na pisma kierowane do Odwołującego wraz z odpowiedziami dołączone do niniejszej odpowiedzi:

- pismo Zamawiającego z dnia 5.11.2020 r.,
- pismo Odwołującego z dnia 9.11.2020 r.,
- pismo Zamawiającego z dnia 27.11.2020 r.,
- pismo Zamawiającego z dnia 3.12.2020 r.,
- pismo Odwołującego z dnia 4.12.2020 r.,
- pismo Zamawiającego z dnia z dnia 4.12.2020 r.,
- pismo Odwołującego z dnia 9.12.2020 r.,
- pismo Zamawiającego z dnia 11.12.2020 r.
- pismo Odwołującego z dnia 15.12.2020 r.,
- pismo Odwołującego z dnia 16.12.2020 r.,
- pismo Zamawiającego z dnia 18.12.2020 r.,
- pismo Odwołującego z dnia 24.12.2020 r.,
- pismo Odwołującego z dnia 12.01.2021 r.,
- pismo Zamawiającego z dnia 12.01.2021 r.,
- pismo Odwołującego z dnia 15.01.2021 r.,

- pismo Zamawiającego z dnia 29.01.2020 r.

W ostateczności doszło do zastosowania przepisu art. 94 ust. 3 Pzp i wyboru zastępczego. Zamawiający podkreślił, że działanie Zamawiającego było zgodne z przepisami, gdyż wypełnił on przesłanki zawarte w SIWZ w rozdz. XIV, zgodnie z którym nie dochodzi do podpisania umowy z winy wykonawcy, gdy ten nie przedłoży „karty katalogowej oprawy z certyfikatami dla opraw oświetleniowych oraz karty katalogowej słupów wraz z certyfikatami”.

Zgodnie z art. 140 ust. 1 Pzp, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Przepis art. 7 ust. 3 Pzp wskazuje, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp. Tym samym, wykonawca jest zobowiązany do zawarcia umowy na warunkach określonych w SIWZ oraz w złożonej ofercie (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2016 r. KIO 311/16).

Niewątpliwie na obecnym etapie postępowania Zamawiający stosuje się do ustalonej w treści SIWZ procedury. W przedmiotowej sprawie przedkładanie certyfikatów potwierdzających spełnianie wymagań stawianych przedmiotowi zamówienia zostało wyznaczone przez zamawiającego na moment po wyborze najkorzystniejszej oferty, a przed podpisaniem umowy.

Wobec powyższego Zamawiający, działając na podstawie art. 94 ust. 3 Pzp zastosował wybór zastępczy, stwierdzając, że nie podpisał umowy z wybranym wykonawcą z jego winy, postępując w sposób prawidłowy i wypełniając wszystkie obowiązki wynikające z ustawy Pzp.

Zdaniem Zamawiającego, wywody Odwołującego przeprowadzone na okoliczność jakości i zgodności z SIWZ zaproponowanych opraw oświetleniowych i słupów powielają argumentację zawartą w pismach Odwołującego kierowanych do Zamawiającego.

Zgodnie z SIWZ rozdział III. Opis przedmiotu zamówienia pkt „3. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa:

- 1) dokumentacja techniczna, przedmiar robót,
- 2) wzór umowy wraz z załącznikami, zawarte w odrębnych plikach dołączonych do siwz.”

Jednym z elementów dokumentacji technicznej są specyfikacje dotyczące opraw oświetleniowych oraz specyfikacje słupów oświetleniowych znajdujące się na stronie 21-27 Projektu wykonawczego — opis. Zaktualizowane z postępowaniu przetargowym zmianą siwz z dnia 22.10.2020r. Zgodnie z tą zmianą - Uaktualnieniem specyfikacji dotyczących opraw i słupów oświetleniowych — ścieżki nad Wisłokiem:

1. wymaganie: „Cechy panelu LED: pkt 8. „oprawa musi legitymować się ryzykiem fotobiologicznym klasy RG0,”

Zamawiający w SIWZ jednoznacznie wymagał, aby oprawa bezwarunkowo legitymowała się wskaźnikiem RG0 bez względu na wysokość zawieszenia oprawy. Z dostarczonych dokumentów wynika, że oprawa spełnia grupę ryzyka RG2, co potwierdza także przedłożone przez Odwołującego nowe oświadczenia producenta z dnia 22 grudnia 2020 r., które dokładnie opisuje progresję ryzyka w zależności od odległości obserwatora. Producent potwierdził, że oprawa nie legitymuje się ryzykiem RG0. Zamawiający nie musiał doprecyzowywać żadnych odległości, bo warunek na RG0 był bezwzględny.

2. Cechy korpusu oprawy: „pkt 1 kształt oprawy parkowy, dekoracyjny z optyką asymetryczną i reflektorem transparentnym, przezroczystym, białym, pryzmatycznym, dającym efekty wizualne w nocy po zaświeceniu oprawy, sylwetka korpusu jak niżej:”

Zgodnie z odpowiedziami na pytania: „Opis w formie graficznej Zamawiający zamieścił w celu uszczegółowienia i doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia.”

Zamawiający, mając na uwadze charakter inwestycji w dokumentacji projektowej zamieścił kształt, wzornictwo oraz wymiary oprawy. Opisany reflektor umieszczony w centralnym punkcie oprawy stanowi istotny element funkcjonalno- wizualny. Wymienione parametry miały charakter poglądowy, będący punktem odniesienia do oczekiwań architektonicznych zgodnych także z uzgodnieniami wydanymi przez Podkarpackiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków zawartych w Decyzji nr 313/2019 z dnia 24.09.2019r. Zaproponowany przez Odwołującego kształt oprawy jest zbliżony do oczekiwanego, jednak różnica wysokości wynosząca aż 43% jest zbyt duża i mocno od niego odbiega. Ponadto, zaproponowana oprawa nie posiada reflektora opisanego w specyfikacji. Zamawiający wskazał, że wymiary dekora wynikają z wymiarów oprawy, jeżeli będzie mniejsza oprawa, to mniejszy będzie dekor, ale oprawa zaproponowana przez Odwołującego ma taki kształt, że nie jest możliwe zamocowanie jakiegokolwiek dekora. Tu nie chodzi o zachowanie wymiarów referencyjnych oprawy, tylko o kształt i proporcje umożliwiające zamontowanie takiego elementu dekoracyjnego.

Wykonawca zarzuca, że nie było w specyfikacji wymogu dotyczącego dekora i pojawił się później, podczas gdy był on od początku w opisie projektu wykonawczego, w decyzji Konserwatora Zabytków, w uaktualnieniu specyfikacji z dnia 22.10.2020r.

3. Słupy oświetleniowe: Pkt 6) „musi posiadać deklaracje zgodności CE(WE)”

Przedstawiony przez Odwołującego dokument jest niezgodny z rozporządzeniem CPR305/2011 - zawarte w nim treści nie spełniają wymogów rozporządzenia oraz nie zawierają wymaganych informacji.

Deklarację zgodności CE(WE) wydaje się na ściśle określony wyrób oraz producenta tego wyrobu. Jest to obowiązek producenta na produkt finalny, który wprowadza do obrotu. Od tego obowiązku producent nie może się uchylić. Oświadczenia przedłożone przez Odwołującego o wieloletniej współpracy producentów nie są równoważne deklaracji i jej nie

zastępują. Załączone oświadczenie producentów „Promar” i „SENKO” dotyczą stalowego rdzenia słupa produkowanego przez „SENKO”, będącego półproduktem dla „Promaru”, który modyfikuje go i wprowadza do obrotu na rynek, jak swój produkt finalny pod nazwą „słup stalowo-aluminiowy typu C o wysokości 4m”, a zatem podlega certyfikacji.

W Deklaracji Zgodności nr 238/DZ/SSA/2020 producent „Promar” na swój finalny produkt posługuje się nr jednostki notyfikującej oraz nr Certyfikatu Stałości Właściwości Użytkowych, która dotyczy wyrobu finalnego produkowanego przez innego producenta tj. „SENKO”, a który jest dla „Promaru” półproduktem, surowcem podlegającym modyfikacjom w celu uzyskania końcowego wyrobu pod nazwą „słup stalowo-aluminiowy typu C o wysokości 4m”. Proponowany słup oświetleniowy nie spełnia wymagań określonych w dokumentacji przetargowej, ponieważ nie posiada wymaganych prawem deklaracji.

Nieprzedstawienie przez Odwołującego wymaganych dokumentów doprowadziło do wyboru zastępczego. Zamawiający był uprawniony do żądania od wybranego wykonawcy złożenia dokumentów i certyfikatów potwierdzających zgodność zaproponowanych urządzeń z treścią SIWZ, a konkretnie Specyfikacji technicznych, w zakresie opraw oświetleniowych i słupów. Wobec działania i zaniechania wybranego wykonawcy i zastosowania wyboru zastępczego z uwagi na niepodpisanie umowy z winy wykonawcy, co wykazano powyżej, Zamawiający w żaden sposób nie naruszył przepisów ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r., wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), do postępowań odwoławczych wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia

11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwane dalej „nPzp”.

Rozpoznawane odwołanie zostało wniesione w dniu 3 lutego 2021 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia wszczętym przed dniem 1 stycznia 2021 r., zatem do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie mają zastosowanie przepisy nPzp, natomiast do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – przepisy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 505 ust. 1 nPzp.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu i podtrzymanych na rozprawie, stosownie do art. 555 nPzp, z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nPzp), która oznacza obowiązek stron i uczestników postępowania odwoławczego do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego złożonym na rozprawie, umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego nie została przez Zamawiającego do chwili obecnej zawarta. Według wyjaśnienia Zamawiającego, w trakcie badania i weryfikacji są dokumenty złożone przez wykonawcę ELTOR sp. z o.o. w procedurze z art. 94 ust. 3 Pzp. Zatem do chwili obecnej decyzja w sprawie zawarcia umowy nie została jeszcze przez Zamawiającego podjęta. Według wyjaśnień Zamawiającego, procedura postępowania zmierzająca do zawarcia umowy w sprawie zamówienia jest prowadzona w imieniu Zamawiającego przez Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie, który to podmiot w oparciu o regulamin oraz upoważnienie udzielone dla Dyrektora Miejskiego Zarządu Dróg jest umocowany do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stosowne upoważnienie i regulamin nie zostały jednak złożone przez Zamawiającego do akt sprawy. W powyższym zakresie pełnomocnicy Zamawiającego złożyli oświadczenie do protokołu.

Zamawiający przewidział w rozdz. XIV SIWZ „Formalności niezbędne do zawarcia umowy jakie powinny zostać dopełnione po wyborze ofert”. W ust. 1 pkt 3 Zamawiający wskazał, że wybrany wykonawca winien złożyć przed zawarciem umowy - kosztorys ofertowy w wersji elektronicznej na płycie CD, w ust. 3 – oświadczenie z podaniem pełnej nazwy producenta, typu, symbolu oprawy (oznaczenie cyfrowe, literowe) jednoznacznie określające parametry techniczne i funkcjonalne oświetlenia lub oświadczenie producenta, jeżeli powyższe dane nie są wystarczające, w ust. 4 – obliczenia fotometryczne na potwierdzenie spełniania przez oferowaną oprawę parametrów oświetlenia oraz kartę katalogową oprawy z certyfikatem, w ust. 5 – oświadczenie z podaniem nazwy producenta, typu, symbolu słupa

(oznaczenie cyfrowe, literowe) jednoznacznie określające jego parametry techniczne i funkcjonalne lub oświadczenie producenta, jeżeli powyższe dane są niewystarczające, w ust. 6 – kartę katalogową słupów wraz z certyfikatami. Jednocześnie Zamawiający w rozdziale XIV SIWZ zastrzegł, że „Niedopełnienie tych formalności stanowić będzie uchylenie się przez Wykonawcę od zawarcia umowy”.

Na zadane w trakcie trwania przetargu pytania wykonawców, co do opraw oświetleniowych Zamawiający w dniu 28.10.2020 r, dodatkowo wyjaśnił, że:

„Zamawiający wskazał parametry techniczne, optyczne i fizyczne stanowiące minimalne wymagania, które oprawa ma spełniać. Dla lepszego zobrazowania opisu zostały zamieszczone rysunki oprawy oraz słupa z podstawowymi wymiarami. Zamieszczone zdjęcia mają charakter poglądowo-informacyjny.”

Zgodnie z SIWZ w rozdziale III. Opis przedmiotu zamówienia pkt 3, Zamawiający postanowił, że „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa:

1. dokumentacja techniczna, przedmiar robót,
2. wzór umowy wraz z załącznikami,

zawarte w odrębnych plikach dołączonych do siwz.”

W ramach oferty Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców m.in. formularza OFERTA i kosztorysu ofertowego w wersji uproszczonej – w oryginale w formie pisemnej. Zamawiający nie wymagał w celu oceny ofert złożenia przez wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań technicznych tzw. dokumentów przedmiotowych.

W ramach dokumentacji technicznej, w Projekcie wykonawczym w części opisowej zostały zawarte specyfikacje dotyczące opraw oświetleniowych oraz specyfikacje słupów oświetleniowych. Odnośnie oprawy oświetleniowej wskazano m.in. „oprawy parkowe LED dekoracyjne w parkowe z optyką asymetryczną i reflektorem transparentnym, przezroczystym, białym, pryzmatycznym, dającym efekty wizualne w nocy po zaświeceniu oprawy.” Zamawiający zamieścił w Projekcie wykonawczym kartę katalogową oprawy Light Lang Preliminary (NERI S.p.A.), zawierającą szczegółowe dane techniczne, rysunki, wymiary konkretnej oprawy oświetleniowej.

Wymagania zawarte w specyfikacji technicznej dotyczące opraw zostały zaktualizowane przez Zamawiającego zmianą treści SIWZ z dnia 22.10.2020r. - Uaktualnienie specyfikacji dotyczących opraw i słupów oświetleniowych — ścieżki nad Wisłokiem. Kwestia wymagań w zakresie opraw była też przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego z dnia 28 października 2020r.

W ramach wyjaśnień treści SIWZ z dnia 28 października 2020 r. Zamawiający wskazał jednoznacznie, że „W zaktualizowanym opisie przedmiotu zamówienia opublikowanym w dniu 22 października 2020 r. na stronie internetowej Zamawiający wskazał

parametry elektryczne, optyczne i fizyczne stanowiące minimalne wymagania, które oprawa ma spełniać. Dla lepszego zobrazowania opisu zostały zamieszczone rysunki oprawy oraz słupa z podstawowymi wymiarami. Zamieszczone zdjęcia mają charakter poglądowo-informacyjny. Zamawiający dopuszcza zastosowanie opraw i słupów różnych producentów, które spełniają wymagania określone w specyfikacji” (odpowiedź na pytanie 1). Zamawiający zaprzeczył jednocześnie, jakoby wskazane SIWZ parametry techniczne, rysunki i zdjęcia wskazywały tylko na jednego dostawcę.

Zgodnie z powyższą zmianą SIWZ - Zamawiający wyspecyfikował szereg wymagań technicznych dotyczących opraw oświetleniowych i słupów. Jednocześnie na pytanie jednego z wykonawców (odpowiedź na pytanie nr 1) z dnia 22 października 2020 r. o treści: „Ze względu na rozbieżności w dokumentacji proszę o informację, czy do wyceny przyjąć słup oświetleniowy w oparciu o specyfikację słupów oświetleniowych z dnia 07.11.2018 r. czy w oparciu o opis techniczny do projektu wykonawczego?” Zamawiający odpowiedział: „Do wyceny należy przyjąć słupy oświetleniowe zgodnie z aktualizacją specyfikacji słupów oświetleniowych.” Podobnie Zamawiający odpowiedział na tożsame pytanie dotyczące opraw oświetleniowych (odpowiedź na pytanie nr 2).

Ponadto, zgodnie z pkt 8 ww. aktualizacji z dnia 22 października 2020 r. Zamawiający wymagał:

- „Cechy panelu LED: pkt 8. „oprawa musi legitymować się ryzykiem fotobiologicznym klasy RG0,”

Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że w świetle powyższego postanowienia wymagał, aby oprawa legitymowała się wskaźnikiem ryzyka fotobiologicznego klasy RG0 bez względu na wysokość zawieszenia oprawy.

Z przedłożonych przez Odwołującego dokumentów wynika, że zaoferowana oprawa spełnia powyższe wymaganie, zgodnie z normą IEC/TR 62778 Standard. Fakt ten potwierdzają także przedłożone przez wykonawcę oświadczenia producenta datowane 22.12.2020 r., które dokładnie opisują progresję ryzyka w zależności od odległości obserwatora. Ryzyko fotobiologiczne na poziomie RG2 zarzucane przez Zamawiającego występuje dopiero przy odległości 200mm. Producent opraw jednoznacznie wyjaśnił i potwierdził, że oprawa charakteryzuje się ryzykiem RG0 dla odległości 2550mm. Zamawiający w swoim stanowisku błędnie nie uwzględnił warunków badań wynikających z powyższej normy, według której powinna być dokonywana ocena ryzyka fotobiologicznego. Zamawiający, określając wymóg na poziomie RG0, co prawda nie odwołał się do konkretnej normy, zgodnie z którą wykonywane są przedmiotowe badania, jednak nie sposób uznać, że „warunek na RG0 był bezwzględny”, gdyż w odniesieniu do tego parametru, zgodnie z ww. normą takie określenie nie występuje, a omawiane badania są wykonywane w konkretnych odległościach od źródła światła i przy określonym natężeniu prądu. Nie budzi także

wątpliwości fakt, że w odniesieniu do przedmiotu tego zamówienia, nawet hipotetycznie Zamawiający nie był uprawniony postawić wymogu RG0 niezależnie od odległości od źródła światła, biorąc pod uwagę przeznaczenie i sposób użytkowania oświetlenia, a zatem - w świetle obiektywnych potrzeb Zamawiającego. Z uwagi na powyższe, Izba stwierdziła, że opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie jest co najmniej nieprecyzyjny i budzi istotne wątpliwości, a skutkiem tego, jego interpretacja powinna być dokonywana w sposób proporcjonalny i zgodny z przeznaczeniem oświetlenia, jako elementu przedmiotu zamówienia. Tym samym wymóg powyższy, w ocenie Izby, został przez Odwołującego potwierdzony.

- Cechy korpusu oprawy: „pkt 1 kształt oprawy parkowy, dekoracyjny z optyką asymetryczną i reflektorem transparentnym, przezroczystym, białym, pryzmatycznym, dającym efekty wizualne w nocy po zaświeceniu oprawy, sylwetka korpusu jak niżej:”

Zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego na pytania wykonawców co do treści SIWZ z jednej strony Zamawiający stwierdził, że „Opis w formie graficznej Zamawiający zamieścił w celu uszczegółowienia i doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia.”, a z drugiej, że „Dla lepszego zobrazowania opisu zostały zamieszczone rysunki oprawy oraz słupa z podstawowymi wymiarami. Zamieszczone zdjęcia mają charakter poglądowo-informacyjny.” Dodatkowo, Zamawiający zamieścił w dokumentacji projektowej - kształt, wzornictwo oraz wymiary oprawy w oparciu o kartę katalogową konkretnej oprawy konkretnego producenta.

Biorąc pod uwagę, że zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 27 października 2020 r. przedstawione w tym opisie zdjęcia, rysunki, a tym samym wynikające z nich parametry miały jedynie charakter poglądowy, to nie ma podstaw do przyjęcia, że jakiegokolwiek wymagania w tym zakresie zostały określone na tyle precyzyjnie, aby uznać, że przedmiot oferty Odwołującego w tym zakresie nie spełnia wymagań. Zaproponowany przez Odwołującego kształt oprawy jest zbliżony do referencyjnego, posiada cechy wymienione w opisie oprawy, natomiast biorąc pod uwagę, że Zamawiający nie określił stopnia i progów równoważności, nie ma podstaw by przyjąć, że jakakolwiek różnica co do wymiarów, kształtu, czy wyglądu oprawy oświetleniowej, w tym co do nieokreślonego w żaden sposób „dekora” stanowi o niezgodności z wymaganiami specyfikacji.

- Słupy oświetleniowe: Pkt 6) „musi posiadać deklarację zgodności CE(WE)”

Zaoferowane przez Odwołującego słupy oświetleniowe posiadają wymagane deklaracje zgodności CE(WE) zgodnie z rozporządzeniem CPR305/2011, na dowód czego Odwołujący przedłożył Zamawiającemu stosowne dokumenty, w tym Deklarację Zgodności nr 238/DZ/SSA/2020, Certyfikat Stałości Właściwości Użytkowych nr 1458-CPR-01-2017 oraz Deklarację Właściwości Użytkowych nr I/SE/2020 i Certyfikat Stałości Właściwości Użytkowych nr 1458- CPR-052 firmy SENKO - producenta słupów oświetleniowych. Zamawiający twierdził, że zawarte w złożonej deklaracji treści nie spełniają wymogów ww.

rozporządzenia i nie zawierają wymaganych informacji, jednak nie wskazał jakich informacji brak jest w tym dokumencie w kontekście przepisów ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 155, z 2020 r. poz. 1339). Zamawiający nie wykazał, że stalowy słup oświetleniowy produkowany przez firmę SENKO wprowadzany do obrotu przez firmę Promar A. Ź. Sp. j. pod nazwą „słup stalowo-aluminiowy typu C o wysokości 4m” podlega odrębnej certyfikacji, wbrew oświadczeniom i wyjaśnieniom producentów złożonym dodatkowo przez Odwołującego.

W danym stanie faktycznym, Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 94 ust.3 Pzp, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1.

Zgodnie z art. 24aa ust. 2 Pzp, jeżeli wykonawca, o którym mowa w ust. 1, uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może zbadać, czy nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu wykonawca, który złożył ofertę najwyżej ocenioną spośród pozostałych ofert.

Przepisy art. 94 ust. 3 Pzp i art. 24aa ust. 2 Pzp mają charakter fakultatywny, a to oznacza, że jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający nie ma obowiązku wybrania oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny.

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku z dnia 9 maja 2001r., sygn. akt II CKN 440/00, za uchylanie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę jej zawarcia. Ww. stanowisko Sądu Najwyższego powoływane jest w orzeczeniach sądów okręgowych (np. wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 6 września 2005 r., sygn. akt II Ca 460/05) oraz w orzeczeniach Izby (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 14/13).

W wyroku z dnia 16 grudnia 2005 r., III CK 344/05, Sąd Najwyższy stwierdził, że w piśmiennictwie oraz w orzecznictwie dominuje stanowisko, które skład orzekający w niniejszej sprawie podziela, że przez uchylanie się od zawarcia umowy, będące przesłanką dochodzenia m.in. roszczenia o jej zawarcie, należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę

zawarcia umowy przyrzeczonej. Uchylenie się od zawarcia umowy przyrzeczonej, będące przejawem niewykonania umowy przedwstępnej, powinno więc być rozumiane jako świadome działanie lub zaniechanie, zmierzające do bezpodstawnego nie zawarcia umowy przyrzeczonej, a przynajmniej godzenie się z takim skutkiem. Interpretacja terminu „uchyla się od zawarcia umowy” została dokonana również przez Sąd Okręgowy w Białymstoku w wyroku z dnia 6 października 2005 r., II Ca 460/05, niepubl., który przyjmując pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z dnia 9 maja 2001 r., II CKN 440/00, stwierdził, że „za uchylenie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę jej zawarcia. Za odmowę podpisania umowy uznać można tylko oświadczenie woli wykonawcy zawierające negatywne stanowisko w przedmiocie zaproszenia go przez zamawiającego, ewentualnie takie działanie skarżącego, z którego wynikałoby dla zamawiającego informacja, iż takiego rodzaju oświadczenie woli skarżący rzeczywiście złożył. Odmowa podpisania umowy jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazanym do wiadomości zamawiającego. (...) Brak stawiennictwa w siedzibie zamawiającego pracownika wykonawcy, spowodowany zaniedbaniem przez niego obowiązków, nie jest tożsamy z uchyleniem się”.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, za uchylenie się od zawarcia umowy może być uznana jedynie wyraźna odmowa zawarcia umowy lub innego rodzaju zachowanie w sposób nie budzący wątpliwości wskazujące na brak zamiaru zawarcia umowy. W wyroku z dnia 4 marca 2014 r., KIO 288/14, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że uchylenie się „wcale nie musi oznaczać bezpośredniej odmowy zawarcia umowy, lecz może wynikać z okoliczności i z zachowania (działań lub zaniechań) wykonawcy. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej trzykrotnie niestawienie się w celu zawarcia umowy (ewentualnie nieprzesłanie umowy) jak najbardziej może być uznane za uchylenie się”.

Izba w niniejszej sprawie podziela w pełni stanowisko, że przez uchylenie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę zawarcia umowy wyrażoną przez wykonawcę, który złożył zamawiającemu oświadczenie woli w przedmiocie zaproszenia go przez zamawiającego do podpisania umowy - wprost lub przez zachowanie ujawniające jego wolę w sposób wystarczający.

W okolicznościach niniejszej sprawy, Odwołujący od początku postępowania, w tym po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, przedstawiał niebudzącą wątpliwości postawę co do zamiaru podpisania umowy z Zamawiającym. To Odwołujący zabiegał w pismach kierowanych do Zamawiającego o zawarcie umowy, wyrażając gotowość do podpisania umowy, podczas gdy ze strony Zamawiającego widoczny jest brak zaangażowania do wyjaśnienia spornych kwestii w celu zawarcia umowy. Jak słusznie zauważył Odwołujący, Zamawiający powinien dążyć do wyjaśnienia wszelkich, dających się wyjaśnić wątpliwości w postępowaniu, czego Zamawiający wyraźnie nie przejawiał.

W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu nie mamy do czynienia z bezpodstawną odmową ze strony Odwołującego przedstawienia wymaganych dokumentów, co mogłoby prowadzić do wyboru zastępczego oferty najkorzystniejszej, nie można w ogóle uznać, że nie zostały przedstawione wymagane dokumenty (o czym poniżej).

Zamawiający był uprawniony do żądania od wybranego wykonawcy złożenia dokumentów i certyfikatów wymaganych w SIWZ. Zamawiający nie był jednak uprawniony do uznania, że Odwołujący podjął w tym postępowaniu działania lub zaniechał działań, które należałoby zakwalifikować, jako uchylanie się od zawarcia umowy, a tym samym nie wystąpiły przesłanki do wszczęcia procedury określonej w art. 94 ust. 3 Pzp i przystąpieniem przez Zamawiającego do badania, czy kolejny wykonawca w rankingu ofert (ELTOR Sp. z o.o.) nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Oferta Odwołującego w dniu 27 listopada 2020 r. została wybrana jako najkorzystniejsza na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 92 ust. 2 Pzp, a następnie pismem z dnia 3 grudnia 2020r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia dokumentów przewidzianych w SIWZ, wyznaczając termin do 4 grudnia 2020 r.

Nawet gdyby uznać, że wykonawca powinien być przygotowany do złożenia wymaganych dokumentów, to termin jednego dnia wskazany przez Zamawiającego na złożenie wymaganych dokumentów, pod rygorem uznania, że wykonawca uchyla się od podpisania umowy, jest stanowczo zbyt krótki. Mimo to, Odwołujący złożył w tym terminie dokumenty wymagane zgodnie z pkt. XIV SIWZ, w tym: kosztorys ofertowy na płycie CD, zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej oraz w formie przelewu (rękojmia), oświadczenie z podaniem danych dotyczących oświetlenia wraz z oświadczeniem producenta, obliczenia fotometryczne, kartę katalogową oprawy, deklarację zgodności oraz certyfikaty, oświadczenie w zakresie słupów, które mają zostać użyte do inwestycji, uprawnienia budowlane kierownika budowy.

Z korespondencji Zamawiającego z Odwołującym wynika, że to Odwołujący ponaglał Zamawiającego do zawarcia umowy (np. pismo z dnia 9 grudnia 2020r.). Tymczasem Zamawiający, pismem z dnia 11 grudnia 2020r. wskazał w sposób całkowicie zdawkowy, że dokumenty złożone przez Odwołującego nie potwierdzają wymagań określonych w SIWZ i wyznaczył kolejny termin do przedłożenia dokumentów zgodnych z SIWZ do dnia 15 grudnia 2020r. do godziny 12:00, nie wyjaśniając nawet, jakich wymagań nie spełniają oprawy oświetleniowe i słupy oświetleniowe zaoferowane przez Odwołującego oraz w jakim zakresie złożone dokumenty są wadliwe. Odwołujący pismem z dnia 15 grudnia 2020r. przedłożył dodatkowe oświadczenia firmy Promar oraz producenta opraw oświetleniowych (firmy Schreder) o zgodności z SIWZ, domagając się od Zamawiającego wyjaśnienia zarzutów. W dniu 16 grudnia 2020r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z kolejnym ponagleniem wyjaśniającym stanowisko Zamawiającego w sprawie podpisania umowy. Dopiero pismem z

dnia 18 grudnia 2020r. Zamawiający wskazał wymagania techniczne, których według Zamawiającego, nie spełnianą elementy zaoferowane przez Odwołującego. Pismem z dnia 24 grudnia 2020r. Odwołujący odniósł się do tych zarzutów oraz przedstawił dodatkowe dokumenty i oświadczenia, celem rozwiania wątpliwości Zamawiającego. Wobec braku odpowiedzi Zamawiającego, Odwołujący pismem z dnia 12 stycznia 2021r. ponownie zwrócił się z wnioskiem do Zamawiającego o wyznaczenie miejsca i terminu podpisania umowy. W dniu 12 stycznia 2021 r. Zamawiający po raz kolejny stwierdził, iż w jego ocenie dokumenty oraz materiały zaproponowane przez Odwołującego nie spełniają warunków określonych w SIWZ, w związku z czym nie jest możliwe zawarcie umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zamawiający wskazał tym razem trzy niezgodności z SIWZ. Pismem z dnia 15 stycznia 2021r. Odwołujący po raz kolejny starał się udowodnić prawidłowość złożonej dokumentacji oraz spełnienie parametrów określonych w SIWZ przez zaproponowane oprawy oraz słupy, jednak w tym samym dniu Zamawiający wezwał wykonawcę ELTOR sp. z o.o. do złożenia dokumentów tzw. podmiotowych.

W ocenie Izby, Zamawiający, dokonując czynności w dniu 29 stycznia 2021r., dotyczącej uznania, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, naruszył przepisy ustawy Pzp. Zamawiający podjął powyższą decyzję na skutek błędnej interpretacji postanowień SIWZ w zakresie wymagań dotyczących opraw i słupów oraz błędnej oceny przedłożonych przez Odwołującego dokumentów. Tym samym należało uznać, że Odwołujący wypełnił wskazany w pkt XIV SIWZ obowiązek przedłożenia przed zawarciem umowy wymaganych dokumentów.

Niezależnie od tego, że w ocenie Izby nie potwierdziły się zarzuty Zamawiającego dotyczące niezgodności treści oferty Odwołującego z wymaganiami SIWZ i nieprawidłowości złożonych dokumentów, Izba wskazuje, że złożenie przez wykonawcę wymaganych w rozdziale IV SIWZ ww. dokumentów powinno podlegać ocenie w kontekście art. 36 ust. 1 pkt 14 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może w SIWZ zamieścić informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przeniósł *de facto* procedurę badania oferty na etap po wyborze tej oferty jako najkorzystniejszej, tj. na etap przed podpisaniem umowy. Znamienne jest, że w jednym z pism Zamawiający zakomunikował Odwołującemu, że złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę – całkowicie wbrew ocenie dokonanej na etapie badania i oceny ofert. Podkreślić należy, że takie działanie Zamawiającego narusza zasady uczciwej konkurencji oraz w sposób sprzeczny z ustawą Pzp pozbawia wykonawcę praw wynikających z przepisów ustawy Pzp, które mają zastosowanie na etapie badania i oceny ofert. Faktyczne badanie treści oferty Odwołującego z wymaganiami SIWZ, dokonywane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu przed zawarciem umowy, zostało

przeprowadzone bez zastosowania procedur wynikających z Pzp, które powinny mieć zastosowanie do badania oferty przed wyborem oferty najkorzystniejszej, gdyby Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą dokumentów na potwierdzenie spełniania wymagań SIWZ w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 554 ust. 6 nPzp, Izba nie może nakazać Zamawiającemu zawarcia umowy. Izba stwierdziła jednak w niniejszej sprawie, że w rozpoznawanym stanie faktycznym nie ma podstaw do uznania, że podpisanie umowy nie może dojść do skutku z uwagi na uchylanie się przez Odwołującego od podpisania umowy, a tym samym, że Zamawiający uprawniony był do zastosowania art. 94 ust. 3 Pzp. Powyższe stanowi równocześnie o naruszeniu art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp. Uwzględniając odwołanie w całości, Izba stwierdziła, że naruszenia przepisów ustawy Pzp w przedmiotowym postępowaniu mogą mieć wpływ na jego wynik, rozumiany jako wybór oferty najkorzystniejszej, poprzez nieuprawnione zastosowanie art. 94 ust. 3 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów

w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: