

WYROK

z dnia 8 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie **6 września 2022 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **24 sierpnia 2022 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Optima Centrum sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Łodzi** [„Odwołujący”]

w postępowaniu pn. *Demontaż istniejącego oświetlenia oraz dostawa i montaż oświetlenia wielofunkcyjnego, Miejskiej Hali Sportowej przy ulicy Kołobrzeskiej 61 w Gdańsku (drugie postępowanie)* (nr ZP1/272/13/2022)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Gdańsk – Gdański Ośrodek Sportu z siedzibą w Gdańsku** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: **EKO Elektronik sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

1. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

- 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania,**
- 2) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) odpowiadającą uzasadnionym kosztom poniesionym z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Gdański Ośrodek Sportu z siedzibą w Gdańsku jako jednostka budżetowa Miasta Gdańska {dalej: „GOS” lub „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710.) {dalej również: „ustawa pzp”, ustawa Pzp”, „pzp” lub „Pzp”) w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Demontaż istniejącego oświetlenia oraz dostawa i montaż oświetlenia wielofunkcyjnego, Miejskiej Hali Sportowej przy ulicy Kołobrzeskiej 61 w Gdańsku (drugie postępowanie)* (nr ZP1/272/13/2022).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 1 lipca 2022 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00234352/01.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

19 sierpnia 2022 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu powyższego postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez EKO Elektronika sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku {dalej również: „Elektronik” lub „Przystępujący”} oraz odrzuceniu wszystkich pozostałych złożonych ofert.

24 sierpnia 2022 r. Optima Centrum sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Łodzi {dalej również: „Optima” lub „Odwołujący”} wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od odrzucenia jej oferty, a także od zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty Elektronika.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5 – przez pozbawione podstaw faktycznych i prawnych odrzucenie oferty Optimy, której treść odpowiada warunkom zamówienia, gdyż Optima nie była zobligowana do przedłożenia obliczeń natężenia oświetlenia.
2. Art. 226 ust. 1 pkt 5 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Elektronika, której treść nie odpowiada warunkom zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia badania i oceny ofert.
2. Unieważnienie odrzucenia oferty Optimy.
3. Unieważnienia wyboru oferty Elektronika.
4. Odrzucenia oferty Elektronika.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Odwołujący sprecyzował zarzut dotyczący odrzucenia jego oferty w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych.

Wyjaśnienia treści SWZ z 19 lipca 2022 r.:

Pytanie nr 4:

Proszę o potwierdzenie, że Zamawiający dopuści oprawy o innych kątach rozsyłu światła pod warunkiem spełnienia wymaganych poziomów i równomierności dla zaprojektowanego oświetlenia. Podane kąty świecenia wraz z pozostałymi parametrami jednoznacznie wskazują na oprawy marki REVA (dla oświetlenia podstawowego) i TM TECHNOLOGIE (dla oświetlenia awaryjnego).

Odpowiedź nr 4:

Zamawiający dopuszcza przedstawienie w ofercie innych opraw oświetlenia podstawowego i awaryjnego pod warunkiem przedstawienia jednocześnie z ofertą obliczeń potwierdzających osiągnięcie wymaganych parametrów oświetlenia.

Innymi słowy Zamawiający żądał przedstawienia obliczeń potwierdzających osiągnięcie wymaganych parametrów natężenia oświetlenia wyłącznie dla innych niż opisane w SWZ opraw dla wykazania ich równoważności. Jednakże wbrew temu, co sugeruje pytanie, w ramach udostępnionej wykonawcom dokumentacji oprawy zostały opisane za pomocą parametrów technicznych, nie wskazano w niej żadnych nazw konkretnych produktów.

Optima zaoferowała oprawy wprost spełniające wszystkie parametry techniczne (w tym kąty świecenia) opisu przedmiotu zamówienia – dla oświetlenia podstawowego są to *de facto* oprawy producenta Reva-Siled sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, dystrybuowane pod marką IHOL Industry przez IHOL J. K..

Tymczasem Zamawiający jako podstawę faktyczną odrzucenia oferty Optimy wskazał brak złożenia wymaganych zgodnie z treścią odpowiedzi na pytanie nr 4 obliczeń natężenia oświetlenia.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Odwołujący sprecyzował pięć odrębnych zarzutów dotyczących niezgodności oferty Elektronika z warunkami tego zamówienia.

{zarzut 2.1) – brak karty katalogowej dla jednej z oferowanych opraw}

Stosownie do udzielonej w ramach wyjaśnień treści SWZ z 19 lipca 2022 r. odpowiedzi na pytanie nr 18 Zamawiający, oprócz już uprzednio wymaganego kosztorysu ofertowego zawierającego zestawienie materiałów, zażądał także złożenia wraz z ofertą kart katalogowych oferowanych opraw jako przedmiotowych środków dowodowych.

Ponieważ przedmiotowe środki dowodowe służą zweryfikowaniu poprawności

merytorycznej złożonej oferty, zamawiający musi mieć możliwość zapoznania się z nimi już na etapie jej badania.

Jednocześnie w tym postępowaniu Zamawiający nie tylko nie skorzystał z wynikającego z art. 107 ust. 2 pzp uprawnienia do przewidzenia możliwości uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, a w pkt 2.4 SWZ wskazał wręcz, że nie będzie odrębnie wzywał do przedłożenia kosztorysu ofertowego lub jego uzupełnienia.

Jak wynika z pliku „Karty katalogowe-parametry-obliczenia-sig.pdf”, Elektronik oferuje oprawy oświetleniowe Luxmena HBD Dragon w dwóch różnych wariantach: HBD-200A-840-060BL – 36 szt. oraz HBD-200A-840-120BL – 55 szt., co potwierdził w piśmie z 10 sierpnia 2022 r. Jednocześnie wraz z ofertą złożył kartę katalogową wyłącznie dla tego drugiego wariantu (dokument ten nigdzie nie wymienia pierwszego z powyższych oznaczeń).

Odwołujący zarzucił, że w przypadku oferty Elektronika dla istotnej części oferowanego asortymentu nie został złożony przedmiotowy środek dowodowy w postaci karty katalogowej, a brak ten nie podlega uzupełnieniu.

{zarzut 2.2) – wadliwy kosztorys ofertowy i zestawienie materiałów}

W celu potwierdzenia, że treść oferty odpowiada treści SWZ, Wykonawca składa:

Ofertę, która między innymi zawiera oświadczenie Wykonawcy o akceptacji Wzoru Umowy wraz z kosztorysem ofertowym, który stanowi przedmiotowy środek dowodowy. (Zamawiający rekomenduje, aby Wykonawca posłużył się formularzem Oferty opracowanym przez Zamawiającego, który stanowi załącznik nr 1 do SWZ, który w pkt. 3 ppkt. 5 zawiera oświadczenie o akceptacji Wzoru Umowy)

Uwaga:

Zamawiający informuje, że na podstawie art. 107 ust. 2 PZP, nie przewiduje:

- a) wezwania do złożenia kosztorysu ofertowego – w przypadku jego niezłożenia wraz z ofertą, oraz*
- b) wezwania do uzupełnienia kosztorysu ofertowego – w przypadku, gdy złożony kosztorys ofertowy jest niekompletny [brzmienie pkt 2.4 SWZ]*

Jednocześnie Zamawiający wskazał, co następuje:

- Wykonawca sporządza kosztorys ofertowy (kalkulację ceny oferty) na podstawie Dokumentacji Technicznej (§ 1 pkt. 4) przy uwzględnieniu wszystkich niezbędnych kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy wprost lub pośrednio określonych we Wzorze Umowy (zał. nr 5 do SWZ). [brzmienie pkt 2 ze str. 37 SWZ]*
- Zestawienie nakładów materiałów musi umożliwiać Zamawiającemu weryfikację ich parametrów techniczno-użytkowych pod względem ich zgodności z parametrami techniczno-użytkowymi materiałów określonych w Dokumentacji Technicznej [brzmienie pkt. 2.1 ze str.*

37 SWZ, w oryginale czerwoną czcionką w żółtym polu]

W treści kosztorysu ofertowego Elektronika [plik „Kosztorys ofertowy-sig.pdf”] wskazano dwa modele opraw Luxmeny: HBD-200A-840-120BL oraz C85-HBD-200A-840-90BL, przy czym ta druga nie pokrywa się jednak z żadnym modelem opisanym w pliku „Karty katalogowe-parametry-obliczenia-sig.pdf”.

W piśmie z 10 sierpnia 2022 r. Elektronik podał, że zamierza dostarczyć oprawy o kodzie HBD-200A-840-060BL i HBD-200A-840-120BL, jednak zamiast tego pierwszego omyłkowo wpisał do kosztorysu inny model oprawy, tj. C85-HBD-200A-840-90BL.

Według Odwołującego takie wyjaśnienie nie mogło zostać zaakceptowane przez Zamawiającego, gdyż zasady wynikające z ustawy pzp nie pozwalają na zmianę oferowanego przedmiotu zamówienia na inny, do czego prowadziłoby poprawienie tej omyłki w sposób sugerowany w powyższym piśmie.

Alternatywnie Odwołujący zarzucił, że jeżeli zaoferowana została oprawa wskazana w kosztorysie (tj. C85-HBD-200A-840-90BL), należałoby odrzucić ofertę Elektronika z uwagi na niezłożenie dla niej (jako oprawy równoważnej do opisanej w SWZ) obliczeń natężenia oświetlenia.

{zarzut 2.3) – niezgodność wymiarów oferowanych opraw}

W ramach opisu przedmiotu zamówienia wskazano jako sugerowane następujące wymiary opraw (w obudowie doziemnej): długość – 500 mm, szerokość – 450 mm, wysokość – 200 mm.

W zakres opisu przedmiotu zamówienia wchodzi również wyjaśnienia treści SWZ z poprzedniego postępowania, które zostało unieważnione przez Zamawiającego [plik „pytania i odpowiedzi do SWZ unieważnionego postępowania_13.pdf”].

W odpowiedzi na pytanie nr 5 Zamawiający określił precyzyjnie, jakie są dopuszczone odstępstwa w zakresie wymiarów opraw: *Wymiary opraw mogą odbiegać od określonych w karcie parametrów (E.6) ale nie przekraczając max (+20%) podanych, mniejsze wartości bez ograniczeń.*

Biorąc pod uwagę dopuszczoną przez Zamawiającego tolerancję 20% dla wysokości 200 mm, maksymalny wymiar zgodny z treścią SWZ wynosi 240 mm.

Tymczasem ze złożonej dla modelu oprawy HBD-200A-840-120BL wraz z ofertą karty katalogowej – gdzie podano: $\varnothing 280 \times 400 \text{ mm}$ – wynika, że jej wysokość wynosi 400 mm, czyli przekracza dopuszczone wymiary o ponad 160%.

Według Odwołującego również w tym przypadku nie jest dopuszczalne przyjęcie tłumaczenia Elektronika o wystąpieniu w tym zakresie omyłki drukarskiej w złożonej karcie katalogowej.

{zarzut 2.4) – brak osłony-rastra w oferowanych oprawach}

W odpowiedzi na pytanie nr 3 z wyjaśnień udzielonych w ramach unieważnionego postępowania Zamawiający doprecyzował: *Oprawy zgodnie z kartą parametrów (E.6) powinny być wyposażone w osłony-rastry dopasowane do wybranych i proponowanych opraw przez Wykonawcę.*

Ze złożonej wraz z ofertą karty katalogowej dla modelu oprawy Luxmena HBD Dragon HBD-200A-840-120BL wynika, że nie jest wyposażona w osłony-rastry.

{zarzut 2.5) – niedozwolone przemieszczenie opraw}

Wyjaśnienia treści SWZ z 19 lipca 2022 r.:

Pytanie nr 23:

Czy Zamawiający dopuszcza redukcję ilości lub przemieszczenie opraw przy zachowaniu normatywnych parametrów oświetlenia? Pytam bo nadrzędnym celem inwestycji jest wykonanie nowego oświetlenia spełniającego wymagania postawione w dokumentacji przy jednocześnie największej energooszczędności, a istnieje możliwość zoptymalizowania projektu pod kątem poboru mocy.

Odpowiedź nr 23:

Zamawiający nie dopuszcza redukcji ilości ani przemieszczania opraw.

Innymi słowy Zamawiający nie dopuścił ani redukcji liczby opraw, ani ich przemieszczenia, nawet przy zachowaniu normatywnych parametrów oświetlenia

W ramach dokumentacji technicznej na str. 36 przedstawiono rozmieszczenie każdej oprawy z dokładnością do 1 cm [plik „E-0 opis techniczny MHS_scalony.pdf”].

Elektronik w ofercie [plik „karty katalogowe-parametry-obliczenia-sig.pdf”, str. 29-33] podaje dokładną lokalizację opraw, przy czym każda z nich została przemieszczona [załącznik nr 5 do odwołania zawiera tabelę, gdzie w ostatniej kolumnie została przedstawiona różnica w cm – zarówno dla osi X, jak i osi Y].

Jako przystępujący po stronie Zamawiającego Elektronik w piśmie z 30 sierpnia 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób ustosunkowując się do poszczególnych zarzutów.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Zgodnie z brzmieniem zamieszczonej w pliku „pytania i odpowiedzi do SWZ unieważnionego postępowania_13.pdf” (będącego załącznikiem do SWZ obowiązującej w tym postępowaniu) odpowiedzią na pytanie nr 1: (...) *Wybór opraw należy dokonać*

na podstawie kart parametrów (E.6) gdzie określono moc max. oraz temperaturę (...).

Optima w zestawieniu materiałów następująco określiła typy oferowanych opraw:

- w poz.14 – oprawy LED/DALI (Ab-1) IHOL Cobra HB 290W DALI 840 LED OE – 55 szt.
- w poz. 41 – oprawy LED/DALI (Ab-2) IHOL Cobra HB 290W DALI 840 LED OS – 22 szt.
- w poz. 48 – oprawy LED/DALI (Ab-3) IHOL Cobra HB 230W DALI 840 LED OS – 14 szt.

Przystępujący porównał dane wynikające z załączonych dla tych opraw kart katalogowych z wymaganiami technicznymi określonymi w załączniku E-6 do SWZ dla opraw stypizowanych w ramach opisu przedmiotu tego zamówienia jako odpowiednio Ab-1, Ab-2 i Ab-3 i stwierdził, że pomiędzy oprawami zaoferowanymi a opisanymi zachodzą różnice w zakresie parametrów: mocy znamionowej (dla Ab-1), temperatury barwowej (dla Ab-1, Ab-2 i Ab-3), kąta rozsyłu C90-C270 (dla Ab-1 i Ab-3), kąta rozsyłu C0-C180 (dla Ab-1 i Ab-3) i strumienia świetlnego (dla Ab-1 i Ab-3) [w piśmie zamieszczono szczegółowe tabelaryczne zestawienie różnic tych parametrów].

Przystępujący podkreślił, że już sama różnica w temperaturze barwowej, tj. 4000 K zamiast 4200 K, chociaż dopuszczona przez Zamawiającego dla opraw równoważnych, zmienia rozkład światła na boisku i wymaga obliczeń sprawdzających spełnienie warunków SWZ. Inna temperatura barwowa sugeruje również zastosowanie innego typu źródeł LED, co tym bardziej uzasadnia wymóg przedstawienia obliczeń.

Według Przystępującego załączone do odwołania oświadczenie firmy Reva o zezwoleniu na dystrybucję i brandowanie opraw znakiem IHOL może jedynie potwierdzać ten fakt, ale nie wskazuje ani o jakie konkretnie oprawy chodzi, ani nie stanowi potwierdzenia deklaracji Odwołującego odnośnie identyczności zaoferowanych przez niego modeli opraw.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

{ad zarzutu 2.1) – braku karty katalogowej dla jednej z oferowanych opraw}

Oferowane oprawy Dragon są produkowane seryjnie, więc do oferty została dołączona otrzymana od producenta karta katalogowa dla wersji oprawy przeznaczonyj do hal sportowych, wspólna dla wszystkich jej wariantów, w której podano wszystkie podstawowe parametry opraw. Ponieważ karta obejmuje serię opraw z różnymi kątami rozsyłu i w różnych wersjach, informacja o oprawach z opcjonalnymi kątami rozsyłu znajduje się pod tabelką z parametrami w wersji podstawowej z kątem 120° [załącznik nr 1 do pisma – wspomniana karta].

Jednocześnie do oferty dołączono obliczenia wykonane przez producenta dla tego konkretnego obiektu z podaniem szczegółowych parametrów wersji opraw, które będą dostarczone. W celu jednoznacznego wskazania oferowanych wersji oprawy oferta zawiera

również oświadczenie wskazujące oznaczenie i parametry [załącznik nr 2 do pisma – wspomniane oświadczenie].

Wykonawca nie ma wpływu na formę graficzną i treść karty katalogowej, czyli na sposób podania informacji przez producenta. Natomiast karty katalogowe sporządzone dla potrzeb tylko tego postępowania (w tym wypadku dla każdej oprawy oddzielnie), nie miałyby takiego waloru dowodowego jak standardowa karta katalogowa producenta.

W ocenie Przystępującego powyższe okoliczności faktyczne wprost wskazują, że jego oferta jest zgodna z wymaganiem określonym w SWZ.

{ad zarzutu 2.2) – wadliwego kosztorysu ofertowego i zestawienia materiałów}

Zarzut opiera się na omyłce popełnionej przez Elektronika przy przepisywaniu oznaczenia oprawy z karty katalogowej i obliczeń do zestawienia materiałów, polegającej na zamianie cyfry „6” na „9” (stąd zamiast symbolu HBD-200A-840-060BL widnieje omyłkowo HBD-200A-840-090BL).

Jednakże w świetle pozostałych środków dowodowych (wspomniane powyżej oświadczenie i obliczenia) nie ma wątpliwości, że zaoferowana została oprawa o oznaczeniu HBD-200A-840-060BL.

Zdaniem Przystępującego zacytowane w odwołaniu postanowienie pkt 2.4 SWZ nie odnosi się do takiej sytuacji.

Przed wszystkim Zamawiający ostatecznie dopuścił zaoferowanie opraw równoważnych pod warunkiem przedstawienia kart katalogowych i obliczeń strumienia światła dla tych opraw. Jednocześnie odstąpił od niektórych parametrów zawartych w dokumentacji technicznej: pobór mocy zastąpił wymaganiem określonej skuteczności świetlnej, a określenie konkretnego strumienia świetlnego oprawy na wymaganie określonego wynikowego strumienia światła dla hali i poszczególnych boisk na podstawie obliczeń.

Według Przystępującego w ten sposób główny ciężar przedmiotowych środków dowodowych dla opraw oświetlenia podstawowego został przeniesiony na karty katalogowe i obliczenia, jako dokumentów źródłowych, z których dopiero powstaje zestawienie materiałów kosztorysu ofertowego.

{ad zarzutu 2.3) – niezgodności wymiarów oferowanych opraw}

Oferowana oprawa ma wymiary: średnica 387 mm x wysokość 180 mm.

Nieporozumienie wynika z pomyłki producenta oprawy przy sporządzaniu karty katalogowej, w której omyłkowo podano inne wymiary niż ma oprawa w rzeczywistości. W tej

sprawie Elektronik otrzymał pismo od producenta, w którym prostuje one swoją pomyłkę i załącza kartę z prawidłowymi wymiarami [załącznik nr 3 do pisma – wspomniane pismo].

Niezależnie od powyższego według Przystępującego już zdjęcia oprawy ze złożonej wraz z ofertą karty katalogowej wykluczają, aby jej wysokość wynosiła 40 cm przy średnicy 28 cm.

Zdaniem Przystępującego istotne jest, że zaoferował konkretne oprawy, które mają wymiary dopuszczone w ramach opisu przedmiotu zamówienia SWZ, gdyż pomyłkowy zapis w karcie katalogowej nie ma wpływu na fizyczne wymiary tych opraw. Tym samym nie można mówić, że oferowane oprawy mają wymiary niezgodne z SWZ.

{ad zarzutu 2.4) – braku osłony-rastra w oferowanych oprawach}

W dolnej części pierwszej strony złożonej wraz z ofertą karty katalogowej znajduje się następujący opis: *opcjonalna kratka ochronna – zwiększa wytrzymałość mechaniczną do IK10*. Przy czym we w ramach wspomnianego oświadczenia zawartego w złożonej ofercie Elektronik wskazał również, że oferuje: *IK10. Oprawa z fabryczną siatką zabezpieczającą*. W tej wersji producent oferuje oprawę z fabryczną siatką jako jedną całość testowaną dla parametru IK10.

{ad zarzutu 2.5) – niedozwolonego przemieszczenia opraw}

Zarzut oparty jest na błędnym założeniu, gdyż na str. 36 podano jedynie wymiary rastra przyjęte do obliczeń, a nie lokalizację opraw. Lokalizacja opraw została natomiast jednoznacznie określona w pkt. 2.2.2 dokumentacji technicznej [plik: „E-0 opis techniczny MHS_scalony.pdf”]: *Oprawy należy zamontować w węzłach konstrukcji dachu wg planu rys. E-1*. Dodatkowo Zamawiający potwierdził ten sposób ustalenia lokalizacji opraw w odpowiedzi na pytanie nr 7: *...oprawy należy zamontować w węzłach konstrukcji dachu*. Z kolei konstrukcja dachu [załącznik nr 4 do pisma – stosowne zdjęcie] technicznie nie narzuca punktu zawieszenia oprawy z dokładnością do 1 cm, a sposób zawieszenia oprawy jest uzależniony od konstrukcji zaczepów oprawy oraz od jej wielkości względem węzła konstrukcji dachu, który (jak widać na tym zdjęciu) nie jest punktem, a polem.

Ponieważ Elektronik zamierzał zastosować oprawy równoważne, aby otrzymać rzetelne wyniki obliczeń wykonał (dalmierzem laserowym Bosch) pomiary obiektu w toku dopuszczonej przez Zamawiającego wizji lokalnej obiektu. Okazało się, że długość hali jest o 13 cm mniejsza niż podana w obliczeniach projektanta (wynosi 41,89 m, a nie 42,02 m). Spowodowało to, że po rozmieszczeniu w programie komputerowym opraw na potrzeby obliczeń, odległości pomiędzy nimi w stosunku do projektu różnią się o 1 cm pomiędzy oprawami, a całkowita długość o wspomniane 13 cm [co zobrazowano w załączniku nr 5

do pisma].

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 5 września 2022 r. wniósł o jego oddalenie, a w ramach merytorycznego ustosunkowania się do poszczególnych zarzutów zaprezentował okoliczności faktyczne i argumentację w sposób zbieżny z Przystępującym.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której uczestnicy sporu pozostali przy swoich stanowiskach i argumentacji.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie jego oferty w połączeniu z zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Za celowe Izba uznała zaznaczenie, że niniejsza sprawa została rozpoznana w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu. Zgodnie z art. 555 ustawy pzp Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie. Przykładowo w uzasadnieniu wyroku z 1 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1633/09 Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie

czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 popzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu w wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

O ile nie ma potrzeby powtarzania wszystkich faktów (co do treści: SWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia, dokumentów oferty Optimy i Elektronika, wyjaśnień tego ostatniego i załączonych do nich dokumentów, uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Optimy) jako w znakomitej większości adekwatnie podanych w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie lub piśmie Przystępującego (których treść została już powyżej zrelacjonowana), o tyle zachodzi potrzeba ich następującego uzupełnienia (z uwzględnieniem dowodów przedstawionych na rozprawie), ewentualnie sprostowania i podsumowania.

Po pierwsze, kosztorys ofertowy w zakresie zestawienia nakładów materiałów, w którym – jak to wynika z postanowienia zamieszczonego *in fine* pkt 2.1 § III części II SWZ – należało tak sprecyzować oferowane materiały, aby umożliwić weryfikację ich zgodności z parametrami techniczno-użytkowymi opisu przedmiotu zamówienia, należy poczytać za element oświadczenia woli stanowiącego (obok ceny i terminu gwarancji, które należało podać w ramach formularza oferty) właściwą treść oferty. Skoro miało to być pierwotne źródło informacji o tym, co konkretnie jest oferowane, czyli przede wszystkim, jakie oprawy oświetlenia zasadniczego (i awaryjnego), nie ma znaczenia, że w pkt 2.4 § III części I SWZ [z uwzględnieniem tzw. pisma nr 2 z 19 lipca 2022 r. dotyczącego wyjaśnień i zmian treści SWZ] przedmiar robót został nazwany przedmiotowym środkiem dowodowym. Taki charakter ma natomiast karta katalogowa, jako dokument zażądany przez Zamawiającego w celu potwierdzenia zgodności treści oferty wyrażonej w kosztorysie odnośnie zastosowanych opraw z parametrami określonymi w dokumentacji technicznej SWZ. Przy czym zastrzeżenie przez Zamawiającego, że kosztorys ofertowy nie podlega uzupełnieniu, jak najbardziej odpowiada jego naturze prawnej.

Po drugie, wystarczy zamienić miejscami oznaczenia zaoferowanych opraw z lp. 2 i 4 poz. 30 kosztorysu ofertowego Optimy [str. 11], czyli do typu Ab-1 z lp. 2 przyporządkować

IHOL Cobra HB 230W DALI 840 LED OS, a do typu AB-3 z lp. 4 przyporządkować IHOL Cobra HB 290W DALI 840 LED OE [patrz dowód „O1”], czego konsekwencją jest również analogiczna zamiana opisów z lp. 14 i 48 zestawienia materiałów tego kosztorysu [str. 16], aby uzyskać zgodność parametrów tych opraw, wyszczególnionych w kartach katalogowych z oferty, z tymi opisanymi w ramach dokumentacji technicznej zawartej w pliku „E-6 Parametry opraw” SWZ (po uwzględnieniu faktu, że w odpowiedzi na pytanie nr 6 w ramach wyjaśnień treści SWZ z 19 lipca 2022 r. Zamawiający dopuścił temperaturę barwową nie mniejszą niż 4000 K) – wręcz identyczność w odniesieniu do większości spośród nich (w szczególności parametrów optycznych, w tym krzywych rozsyłu światła). Odwołujący dowiódł tego dzięki zestawieniu na jednym arkuszu zeskanowanych stron z pliku E-6 i kart katalogowych [patrz dowody „O2-4”]. Przy czym takie przyporządkowanie oznaczeń oferowanych opraw do oznaczeń z opisu przedmiotu zamówienia, a także potwierdzenie liczby opraw poszczególnych typów wynikającej (po uwzględnieniu powyższej korekty) z kosztorysu ofertowego, znajduje dodatkowo potwierdzenie w ofercie handlowej nr 02/22/07/15 z 15 lipca 2022 r., jaką Optima otrzymała od IHOL PL z Łodzi na potrzeby tego zamówienia [patrz dowód „O5”].

Po trzecie, ze złożonej przez Elektronika oferty wynika zaoferowanie opraw Luxmena HBD Dragon, w tym 55 szt. modelu o oznaczeniu HBD-200A-840-120BL oraz 36 szt. modelu o oznaczeniu HBD-200A-840-060BL, gdyż zawiera ona plik „Karty katalogowe – parametry – obliczenia”, gdzie taka informacja została podana na samym początku, w ramach złożonego specjalnie na potrzeby tego postępowania oświadczenia „Oświetlenie podstawowe”, a następnie kilkakrotnie powtórzona w ramach „List opraw” [patrz str. 1, 15, 23, 25, 27 tego elektronicznego dokumentu w formacie .pdf], co czyni oczywistym, że widniejące w zestawieniu materiałów kosztorysu ofertowego oznaczenie HBD-200A-840-090BL zawiera oczywistą omyłkę pisarską (cyfra 9 zamiast cyfry 6).

Po czwarte, zamieszczone w tym samym pliku str. 114-115 katalogu opraw marki Luxmena dotyczą profesjonalnych opraw typu high-bay o mocy 100, 150 lub 200 W, występujących w wielu wariantach m.in. HBD-200A-840-120BL (którego oznaczenie zostało wprost tu wskazane) czy HBD-200A-840-060BL, którego oznaczenie akurat nie zostało tu wprost wskazane, ale dzięki zamieszczonej adnotacji { *120° – standardowy kąt świecenia; 30°, 60°, 90° – wersja na zamówienie}, a także informacjom, o których była mowa w poprzednim akapicie, oczywiste jest, że w ramach przyjętej dla tych opraw konwencji oznaczania ostatnie cyfry odnoszą się właśnie do kąta świecenia [porównaj str. 1-3, 15, 23, 25, 27 tego elektronicznego dokumentu w formacie .pdf].

Po piąte, w ramach opisu przedmiotu zamówienia raster został utożsamiony z klatką ochronną oprawy: *Oprawy należy wyposażyć kratką, która pełnić będzie rolę osłony*

mechanicznej klosza oprawy przed uderzeniami piłką oraz stanowić będzie funkcję rastra ograniczającego oślnienie [brzmienie czwartego akapitu pkt 2.2.2. Oprawy oświetleniowe „Projektu budowlano-wykonawczego oświetlenia hali sportowej” SWZ zawartego w pliku „E-0 opis techniczny MHS_scalony”, str. 12 tego elektronicznego dokumentu w formacie .pdf]. Innymi słowy dla rastra nie zostały określone jakiegokolwiek parametry techniczne odnośnie ograniczania oślnienia, założono po prostu, że kratka ochronna będzie w bliżej niesprecyzowanym stopniu mitygować to niepożądane zjawisko optyczne].

Po szóste, wspomniane oświadczenie „Oświetlenie podstawowe” zawarte w pliku „Karty katalogowe – parametry-obliczenia” obejmuje również informację, że przedmiotem oferty są oprawy Luxmena HBD Dragon w wersji do hal sportowych z fabryczną siatką zabezpieczającą, która na wspomnianej str. 114 katalogu opraw marki Luxmena została symbolicznie zwizualizowana i następująco opisana: *opcjonalna kratka ochronna – zwiększa wytrzymałość mechaniczną do IK10*, co odpowiada powyżej omówionemu wymaganiu opisu przedmiotu zamówienia [patrz str. 1-2 tego elektronicznego dokumentu w formacie .pdf].

Po siódme, spośród wszystkich parametrów technicznych opraw wyszczególnionych w tabelach dokumentu pliku „E-6 Parametry opraw” SWZ wymiary (tj. długość 500 mm, szerokość 450 mm, wysokość 200 mm) jako jedyne zostały określone mianem sugerowanych, co zostało objaśnione w ramach wyjaśnień treści SWZ z poprzedniego postępowania jako dopuszczenie wymiarów: większych – do 20%, mniejszych – bez ograniczeń.

Po ósme, o ile oczywiste jest, że spośród wymiarów podanych na str. 115 katalogu opraw marki Luxmena (średnica 240 lub 280 mm przy wysokości 320 lub 400 mm) wysokość jest większa niż dopuszczone maksymalnie 220 mm, o tyle jednocześnie na zamieszczonych na str. 114-115 tego katalogu zdjęciach opraw HBD Dragon na pierwszy rzut oka widać, że średnica tych opraw jest co najmniej dwa razy większa niż jej wysokość z oczkiem montażowym włącznie [patrz str. 2-3 dokumentu z pliku „Karty katalogowe – parametry – obliczenia”]. Ta oczywista wewnętrzna sprzeczność informacji została wyjaśniona przez producenta opraw jako omyłka, a ze skorygowanej wersji str. 114 katalogu wynika, że wszystkie warianty oprawy HBD Dragon mają te same wymiary, które wynoszą: średnica – 400 mm, wysokość – 180 mm, przy czym – jak wynika z wyjaśnień producenta – fabryczne zamontowanie kratki ochronnej zwiększa tę wysokość do nie więcej niż 22 cm [patrz korespondencja elektroniczna pomiędzy pracownikami Elektronika i Luxmeny z 29 sierpnia 2022 r. załączona do pisma procesowego Przystępującego]. O tym wszystkim z własnej inicjatywy Elektronik z poinformował Zamawiającego w piśmie z 10 sierpnia 2022 r., czyli tydzień po otwarciu ofert 3 sierpnia 2022 r.

Po dziewiąte, z kolei Odwołujący nie wykazał, że w rzeczywistości wymiary oprawy

HBD Dragon producenta Luxmena mają wymiary nieodpowiadające wymaganiom opisu technicznego SWZ. W szczególności złożony przez Odwołującego na rozprawie wydruk str. 116 katalogu Luxmeny jest nieprzydatny do tego celu, gdyż dotyczy zupełnie innych opraw HBU Ultras 2, a na zamieszczonym tam zdjęciu na pierwszy rzut oka widać, że ten model oprawy ma zupełnie inne proporcje – wysokość jest większa niż średnica [patrz dowód „O7”].

Po dziesiąte, postanowienia zawarte na początku drugiego {*Rozmieszczenie opraw pokazano na planie rys. E-1.*} i trzeciego akapitu {*Oprawy należy zamontować w węzłach konstrukcyjnych dachu wg planu rys. E-1. Każda oprawa, została opisana symbolem odpowiednio dla parametrów Ab-1, Ab-2 i Ab-3.*} pkt 2.2.2. Oprawy oświetleniowe „Projektu budowlano-wykonawczego oświetlenia hali sportowej” SWZ [plik „E-0 opis techniczny MHS_scalony”, str. 12 tego elektronicznego dokumentu w formacie .pdf] odsyłają wyłącznie do rysunku E-1. Ten „Plan instalacji oświetlenia hali sportowej Gdańskiego Ośrodka Sportu” w skali 1:100, zgodnie ze swoją nazwą zawiera plan instalacji elektrycznej oświetlenia, wskazujący przyporządkowanie danego typu oprawy do poszczególnych węzłów konstrukcji dachu, których położenie zostało uwidocznione poglądowo, bez określania współrzędnych i stopnia dokładności, o czym najlepiej świadczy zamieszczona obok rysunku uwaga z pkt 5: *Oprawy należy montować w miejscach po zdemontowanych oprawach* [plik „E-1 E ośw_instal_20MHS_x” w formacie .pdf].

Po jedenaste, w konsekwencji powyższego sposobu opisanego rozmieszczenia opraw nieadekwatne jest twierdzenie, jakoby dokumentacja techniczna w innym miejscu określała w sposób wiążący i ostateczny z dokładnością do 1 cm położenie każdej z opraw, niezależnie od tego, jakie konkretnie oprawy zostały zaoferowane jako Ab-1, Ab-2 i Ab-3. O ile „Projekt budowlano-wykonawczy oświetlenia hali” SWZ rzeczywiście zawiera (nawet w dwóch miejscach), identyczny rysunek pn. „Oświetlenie wielofunkcyjne – Dali / Oprawy (plan rozmieszczenia)”, o tyle może on być punktem odniesienia co najwyżej przy ocenie oferty Optimy, a nie oferty Elektronika, gdyż stanowi element obliczeń fotometrycznych przeprowadzonych dla konkretnych typów opraw marki Reva. Zamieszczony pod rysunkiem wykaz opraw identyfikuje bowiem użyte na rysunku liczby 1, 2 i 3 (odpowiedniki użytych wszędzie indziej w dokumentacji technicznej oznaczeń Ab-1, Ab-2 i Ab-3) jako oznaczające kolejno: ARQ Reva HB2 LED 225W 4250K oval (14 szt.), ARQ Reva HB2 LED 225W 4250K W 54st. (22 szt.) i ARQ Reva HB2 LED 225W 4250K W 54st. (55 szt.) [plik „E-0 opis techniczny MHS_scalony”, str. 12 tego elektronicznego dokumentu w formacie .pdf]. W odwołaniu skrzętnie tę okoliczność przemilczano, wycinając tak rysunek, aby nie było widać, do czego odnoszą się użyte na nim oznaczenia liczbowe, zwłaszcza że na potrzeby uargumentowania zarzutu bezpodstawnego odrzucenia własnej oferty Odwołujący uznał

za celowe zaprzeczenie faktowi użycia gdziekolwiek w ramach dokumentacji technicznej oznaczeń wskazujących na konkretny produkt. Tymczasem poza wszelkim sporem jest fakt, że przedmiotem oferty Elektronika są oprawy równoważne do tych wskazanych pośrednio czy bezpośrednio w ramach dokumentacji technicznej. Stąd przedstawił dla tych równoważnych opraw – zgodnie z wymaganiem wprowadzonym na potrzeby takiej sytuacji – własne obliczenia fotometryczne, w tym był uprzejmy wykonać je rzetelnie z jak największą dokładnością, czyli po przeprowadzeniu wizji lokalnej z użyciem dalmierza dla ustalenia rzeczywistych wymiarów obiektu, w którym oferowane oprawy mają być zainstalowane.

Po dwunaste, niezależnie od powyższego poza wszelkim sporem jest, że podane na wspomnianym rysunku wklejonym do odwołania bez wykazu opraw odcięte na osi X i rzędne na osi Y wskazują na punkty, podczas gdy należy uznać za bezsporny fakt, jako niezaprzeczony przez Odwołującego, że w rzeczywistości węzły konstrukcyjne dachu przedmiotowej hali cechują się pewnym polem powierzchni, co potwierdza również dokumentacja zdjęciowa [załącznik nr 4 do pisma Przystępującego], którego wielkości Zamawiający nie miał potrzeby precyzować, biorąc pod uwagę, że ostatecznie dokładne miejsce zawieszenia opraw jest również wypadkową konstrukcji jej zaczepów i ich rozmieszczenia.

Po trzynaste, w powyższym kontekście wskazywanie na wyjaśnienia treści SWZ z 19 lipca 2022 r. udzielone w związku z pytaniem nr 23 jest bezprzedmiotowe, gdyż z oferty Elektronika wynika jedynie zastosowanie równoważnych opraw, ale przy zachowaniu projektowanego rozmieszczenia ich w 91 wskazanych w dokumentacji technicznej węzłach konstrukcji dachu Miejskiej Hali Sportowej przy ul. Kołobrzeskiej 61 w Gdańsku. Z kolei „przemieszczenie opraw” nie jest żadnym terminem technicznym o ściśle zdefiniowanym znaczeniu, a z kontekstu zadanego pytania (w istocie wniosku o zmianę w tym zakresie opisu przedmiotu zamówienia) wynika, że Zamawiający nie wyraził zgody na zmianę liczby lub taką zmianę położenia opraw, że zostałyby one zamontowane do innych niż wynikające z rysunku E-1 wraz z opisem elementów konstrukcji dachu.

Po czternaste, niesporne było w tej sprawie, że gdyby oferta Optimy nie została odrzucona i wraz z ofertą Elektronika podlegała ocenie według przyjętych w tym postępowaniu kryteriów służących wyłonieniu najkorzystniejszej oferty, najwyższej ocenioną okazałaby się oferta Elektronika.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest niezasadne.

Przeprowadzenie badania i oceny ofert w zgodzie z naczelnymi zasadami równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności, o których mowa w art. 16 pkt

1-3 ustawy pzp, powinno Zamawiającego doprowadzić do wniosku, że zarówno oferta Odwołującego, jak i oferta Przystępującego nie podlegają odrzuceniu.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które – według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp – należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „popzp”} zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp. Przy czym ten ostatni przepis miał niemal identyczne brzmienie jak obecnie obowiązujący art. 223 ust. 1 pkt 3 pzp. Różnice sprowadzają się do nieistotnych w okolicznościach tej sprawy zmian terminologii, wynikających z uczynienia obecnie punktem odniesienia dokumentów zamówienia zamiast, jak poprzednio, samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia {w skrócie: „SIWZ”}, która z kolei obecnie nazywana jest specyfikacją warunków zamówienia {w skrócie: „SWZ”}. Innymi słowy na potrzeby dalszego wyводу „SWZ” i „SIWZ” należy poczytać za synonimiczne określenia specyfikacji (istotnych) warunków zamówienia {inaczej w skrócie: „specyfikacji”} jako zasadniczego dokumentu zamówienia opracowywanego przez zamawiających na potrzeby prowadzonego postępowania.

Zarówno w obecnym, jak i poprzednim stanie prawnym co do zasady odrzuceniu podlega oferta, której treść – rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty) – nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do zakresu, rodzaju lub sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Innymi słowy zachodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia. Stąd zamawiający powinien zweryfikować, czy oferowane mu roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają tym wymaganiom co do rodzaju, zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, jakie uznał za istotne dla zaspokojenia jego potrzeb, jeżeli znalazło to odzwierciedlenie w ramach opisu przedmiotu zamówienia.

Aby zapewnić możliwość zweryfikowania zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, z jednej strony art. 20 ust. 1 pzp (art. 9 ust. 1 popz) obliguje zamawiającego,

aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej, w tym art. 133 ust. 1 pzp nakazuje udostępnienie specyfikacji (art. 37 ust. 2 popzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, opis sposobu przygotowania oferty, sposób obliczenia ceny oferty, opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 134 ust. 1 pkt 4, 6, 14, 17, 18, 20; art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10, 12 13 i 16 popzp). Z drugiej strony art. 63 ust. 1 pzp zastrzega pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości zamówienia powyżej progów unijnych formę elektroniczną (art. 10a ust. 5 popzp, przy czym w jeszcze dawniejszym stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności), a według art. 218 ust. 2 pzp treść takiej oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia (w art. 82 ust. 3 popzp mowa była o zgodności treści oferty z treścią specyfikacji).

W doktrynie i orzecznictwie przyjęło się stanowisko, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w specyfikacji wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie warunkami zamówienia. Przy czym o ile art. 223 ust. 1 pzp (87 ust. 1 popzp) uprawnia zamawiającego w toku badania i oceny ofert do zażądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, o tyle zabrania prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz – z zastrzeżeniem ust. 2 (oraz szczególnego trybu dialogu konkurencyjnego) – dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Jednocześnie z art. 223 ust. 2 pkt 1-3 pzp (art. 87 ust. 2 pkt 1-3 popzp) wynika nakaz poprawienia przez zamawiającego w ofercie zarówno oczywistych omyłek pisarskich czy rachunkowych, jak i innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, jeżeli poprawienie tych nieoczywistych omyłek nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

W konsekwencji nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, gdyż odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny.

Warto przypomnieć, że intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu art. 87 ust. 2 popzp [odpowiednika obowiązującego art. 223 ust. 2 pzp] było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy popzp, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to wprost z uzasadnienia do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw: *W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.*

W orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślono, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie) [patrz uzasadnienie wyroku Izby z 23 marca 2011 r. sygn. akt KIO 522/11]. Jednocześnie czynność poprawiania oferty ma charakter obligatoryjny

i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie takiej czynności należy uznać należy za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, które nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Omówione powyżej instytucje poprawienia omyłek właściwe dla Prawa zamówień publicznych nie wyłączają konieczności dokonywania wykładni oświadczenia woli, jakim są zarówno specyfikacja, jak i oferta zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż przez odesłanie wynikające z art. 8 ust. 1 ustawy pzp znajduje tu zastosowanie art. 65 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z przepisem art. 65 § 1 kc oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast według przepisu art. 65 § 2 kc w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Jak to trafnie wywiódł Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 21 czerwca 2007 r. sygn. akt IV CSK 95/07: *Ustalając znaczenie oświadczenia woli należy zacząć od sensu wynikającego z reguł językowych, z tym, że przede wszystkim należy uwzględnić zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe. Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst. Dlatego nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi. Klóciłoby się to bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego. Przy wykładni oświadczenia woli należy – poza kontekstem językowym – brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny (art. 65 § 1 kc). Obejmuje on w szczególności przebieg negocjacji, dotychczasowe doświadczenie stron, ich status (wyrażający się np. prowadzeniem działalności gospodarczej). Niezależnie od tego z art. 65 § 2 kc wynika nakaz kierowania się przy wykładni umowy jej celem. Nie jest konieczne, aby był to cel uzgodniony przez strony, wystarczy – przez analogię do art. 491 § 2, art. 492 i 493 kc – cel zamierzony przez jedną stronę, który jest wiadomy drugiej. Należy podzielić pogląd, że także na gruncie prawa polskiego, i to nie tylko w zakresie stosunków z udziałem konsumentów (art. 385 § 2 kc), wątpliwości należy tłumaczyć na niekorzyść strony, która zredagowała umowę. Ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień umowy, nie dających usunąć się w drodze wykładni, powinna bowiem ponieść strona, która zredagowała umowę.*

Z kolei z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 17 stycznia 2013 r. sygn. akt I ACa 728/12 wynika, że dyrektywy wykładni oświadczenia woli z art. 65 kc, które nakazują tłumaczyć jego treść nie tylko ściśle przez pryzmat jego literalnego brzmienia,

lecz uwzględniać także wskazane w tym przepisie argumenty pozajęzykowe. Przepis art. 65 § 2 kc dopuszcza zatem sytuację, w której właściwy sens oświadczenia woli (umowy) ustalony przy zastosowaniu wskazanych w nim dyrektyw będzie odbiegał od jasnego znaczenia w świetle reguł językowych. Proces interpretacji może się zatem zakończyć dopiero wtedy, gdy treść oświadczenia woli (umowy) jest jasna po zastosowaniu kolejnych reguł wykładni (vide: wyroki Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2010 r., II PK 281/09, LEX nr 602248; z dnia 17 czerwca 2009 r., IV CSK 90/09, LEX nr 512012).

Reasumując, wynikające z przepisów art. 65 Kodeksu cywilnego dyrektywy interpretacyjne jednoznacznie potwierdzają konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odkodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli. Jak to trafnie uchwycono w uzasadnieniu wyroku Izby z 10 maja 2011 r. sygn. akt KIO 883/11, art. 65 kc daje podstawy do przyjęcia tzw. kombinowanej metody wykładni oświadczeń woli, zmierzającej do uwzględnienia w odpowiednim zakresie zarówno rzeczywistej woli podmiotu składającego oświadczenie woli, jak i wzbudzonego przez to oświadczenie zaufania innych osób. Z jednej więc strony określone znaczenie przypisuje się woli podmiotu składającego oświadczenie, z drugiej zaś strony dąży się do ochrony interesów osoby, która działa w zaufaniu do ustalonego przez siebie sensu otrzymanego oświadczenia woli, jeżeli przy jego interpretacji dołożyła należytej staranności. Jest to między innymi efekt spostrzeżenia, że osoba składająca oświadczenie woli powinna zadbać o poprawność jego sformułowania i odpowiada (w znaczeniu ponoszenia prawnych konsekwencji) za niestaranne, a w konsekwencji nieprecyzyjne jego ukształtowanie. Powstaje jednak pytanie, kiedy sens oświadczenia woli nadany mu przez odbiorcę będzie można uznać za właściwy i miarodajny dla oceny skutków prawnych oświadczenia. Przepis art. 65 § 1 kc nakazuje uwzględniać przy wykładni oświadczenia woli okoliczności, w których zostało ono złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast w umowach należy przede wszystkim badać zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Przy czym, jeśli oświadczenie woli (umowa) sformułowana jest w języku, w postaci mówionej lub pisanej, niezbędne jest odwołanie się do dyrektyw wykładni językowej, tzn. należy uwzględnić kontekst językowy i sytuacyjny.

Zakresem normy prawnej wynikającej z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp objęta jest również sytuacja, w której pomimo zadeklarowania przez wykonawcę w ofercie, że jej treść odnośnie przedmiotu świadczenia jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia, nie znajduje to potwierdzenia w zażądanych – na zasadzie art. 104 (etykiety), art. 105 (certyfikaty) lub art. 106 (inne dokumenty) ustawy pzp (przy czym ten ostatni art. jest odpowiednikiem regulacji zawartej w art. 25 ust. 2 pkt 2 popzp) – przez zamawiającego

i składanych przez wykonawcę – co do zasady wraz z ofertą (o czym z kolei stanowi art. 107 ust. 1 pzp) – przedmiotowych środkach dowodowych. Stąd zostały one zdefiniowane w art. 6 pkt 20 ustawy pzp jako środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

W szczególności stosownie do art. 105 ust. 1 pzp w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę. Z kolei według art. 106 ust. 1 zd. 1 pzp zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Dokumenty zaliczane do przedmiotowych środków dowodowych należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Innymi słowy zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć odzwierciedlenie w dokumentach co do zasady pochodzących od niezależnego od wykonawcy podmiotu. W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co przejawiać się może w aspekcie zarówno formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanego przedmiotu świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań, cech lub parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach.

Reasumując, konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty odnośnie przedmiotu świadczenia, jest konieczność odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp oferty jako nieodpowiadającej merytorycznym warunkom zamówienia, z zastrzeżeniem zastosowania procedury uzupełniania z art. 107 ust. 2 ustawy pzp, jeżeli zamawiający przewidział to w dokumentach zamówienia. Niezależnie od tego zamawiający na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy pzp może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących przedmiotowych środków dowodowych.

W okolicznościach rozstrzyganej sprawy Odwołujący nie dostrzega paradoksu, że domaga się, aby nieprawidłowe odrzucenie jego oferty jako niezgodnej z warunkami tego

zamówienia zastąpić równie nieprawidłowym – a nawet w jeszcze większym stopniu, gdyż miałyby dotyczyć oferty najkorzystniejszej według kryteriów oceny ofert – odrzuceniem oferty Przystępującego. Tymczasem zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący nie dołożyli należytej staranności przy sporządzaniu treści oferty, co jednak nie spowodowało, że z kolei przy dołożeniu należytej staranności przez Zamawiającego przy badaniu tych ofert nie mógł i nie powinien on co najmniej zidentyfikować kwestie objęte zarzutami odwołania jako wymagające wezwania do wyjaśnienia treści oferty. Niezależnie od tego Zamawiający winien – przy zastosowaniu zarówno reguł wykładni oświadczeń woli z Kodeksu cywilnego, jak i instytucji poprawienia oczywistych omyłek pisarskich – na podstawie całokształtu informacji zawartych w złożonych dokumentach ustalić właściwą treść oświadczenia woli co do przedmiotu świadczenia.

Różnica pomiędzy Odwołującym a Przystępującym jest taka, że ten ostatni, choć już po otwarciu ofert, dostrzegł popełnione uchybienia i sam zgłosił je Zamawiającemu, postępując w istocie w sposób transparentny. Natomiast Odwołujący – choć w żadnym dokumencie oferty nie zawarł informacji, że pomimo odmiennej marki i oznaczenia kodowego *de facto* oferuje oprawy w zasadzie tożsame z tymi wprost wskazanymi w dokumentacji technicznej SWZ – nieracjonalnie oczekiwał, że Zamawiający będzie w stanie samodzielnie dojść do takiego wniosku. Tym niemniej nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, wezwał go do wyjaśnienia powodów niezłożenia obliczeń dla opraw, które *prima facie* mogły mu się wydawać nieznanne.

Reasumując, o ile odrzucenie oferty Odwołującego było nieprawidłowe, o tyle nie było również podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego, więc odwołanie w całości podlega oddaleniu, gdyż naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp nie miało wpływu na ustalony przez niego prawidłowo wynik prowadzonego postępowania, czyli wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

Ponieważ Odwołujący w całości przegrał sprawę, stosownie do tego wyniku został obciążony kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione na wynagrodzenie pełnomocnika (potwierdzone złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem), stąd na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 przywołanego powyżej rozporządzenia orzeczono, jak w pkt 2. sentencji.