

**WYROK**  
z dnia 22.03.2019 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**  
**Protokolant: Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11.03.2019 r. przez wykonawcę **Electronic Control Systems S.A. ul. Krakowska 84, 32-083 Balice** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Włodawa al. Józefa Piłsudskiego 41, 22-200 Włodawa**

przy udziale wykonawcy **Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. ul. Toruńska, 26-600 Radom** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o po stronie zamawiającego

**orzeka**

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Electronic Control Systems S.A. ul. Krakowska 84, 32-083 Balice** i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15,000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący: .....

## UZASADNIENIE

Gmina Miejska Włodawa Al. J. Piłsudskiego 42 22 - 200 Włodawa, zwana dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wymianę oświetlenia ulicznego w ramach projektu: „Włodawa-miasto z energią-oświetlenie uliczne” („Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. U.U.E pod numerem 2018/S 239-545544 z dnia 12 grudnia 2018 roku.

Zamawiający w dniu 1 marca 2019 roku poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu. Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca Electronic Control Systems S.A. ul. Krakowska 84 32 - 083 Balice, dalej zwany „Odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ELTAST, mimo że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż wykonawca nie złożył w ofercie obliczeń fotometrycznych i sprawozdania (raportu) z badania LM-80-08 źródeł światła LED dla opraw w strefie ochrony konserwatorskiej,
2. naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ELTAST, mimo że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż wykonawca nie zaoferował 174 opraw w strefie ochrony konserwatorskiej, ewentualnie zaoferowane oprawy nie zostały określone poprzez podanie ich nazwy, typu i producenta, co było przez Zamawiającego w SIWZ wymagane,
3. naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, mimo zgodności jej treści z treścią SIWZ, ewentualnie naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego i zaniechanie wyjaśnienia jego oferty w zakresie dotyczącym opraw zaoferowanych w pozycjach 40 - 46, 52, 54-61, 68,75-76,78-80, 104-105 formularza kalkulacji ceny, ewentualnie naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego i zaniechanie poprawienia omyłek w pozycjach 40 - 46, 52, 54-61, 68, 75-76, 78-80, 104-105 formularza kalkulacji ceny Odwołującego na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,

4. naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust.1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego w kryterium trwałość strumienia oferowanych opraw ulicznych i przyznanie jej 2 pkt. zamiast 10 pkt., ewentualnie poprzez nieprawidłową ocenę ofert ELTAST i SPIE Elbud Gdańsk S.A. i przyznanie tym ofertom 10 pkt. zamiast 2 pkt.

Podnosząc powyższe Odwołujący wniósł żądania o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty ELTAST jako najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert i:

- odrzucenie oferty ELTAST,
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i przyznanie odpowiednio Odwołującemu 10 punktów w kryterium dotyczącym trwałości strumienia światła (kryterium 3) bądź 2 punktów wykonawcom ELTAST i SPIE Elbud Gdańsk S.A.,
- z ostrożności wyjaśnienia treści oferty Odwołującego w zakresie dotyczącym pozycji 40 - 46, 52, 54-61, 68,75-76,78-80,104-105 formularza kalkulacji ceny,
- z ostrożności poprawienia omyłek w ww. pozycjach formularza kalkulacji ceny Odwołującego,

Odnosząc się do zarzutu pierwszego dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty ELTAST, mimo że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ, podał, że wykonawca nie złożył w ofercie obliczeń fotometrycznych i sprawozdania (raportu) z badania LM-80-08 źródeł światła LED dla opraw w strefie ochrony konserwatorskiej. Zgodnie z Rozdziałem 10 pkt 10.1) SIWZ (k. 29) wykonawcy zobowiązani byli wraz z formularzem oferty złożyć obliczenia fotometryczne dla oferowanych opraw. Obliczenia dotyczące oferowanych opraw „stanowią integralną część oferty (treść oferty) i nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Brak w złożonej ofercie obliczeń fotometrycznych wraz z danymi technicznymi właściwości opraw oświetleniowych oferty spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp". Natomiast stosownie do Rozdziału 10 pkt 10.3) (k. 29) SIWZ wymagane było złożenie sprawozdania z badania LM-80-08 źródeł światła LED.

Natomiast Przystępujący ELTAST nie przedstawił w ofercie obliczeń fotometrycznych ani sprawozdania z badań dla opraw w strefie objętej ochroną konserwatorską, co powinno skutkować odrzuceniem jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Brzmienie Rozdziału 10 pkt 10.1) i 3) SIWZ jest jednoznaczne nie pozostawiając żadnych wątpliwości, co do wymaganych od wykonawców dokumentów. Zauważenia przy tym wymaga, iż - jak wynika z brzmienia Rozdziału 10 pkt 10. 1) i 3) SIWZ - Zamawiający nie wyłączył obowiązku złożenia powołanych dokumentów dla opraw montowanych w strefie ochrony konserwatorskiej. SIWZ jest jednoznaczna - „*do wypełnionego formularza oferty (treść oferty) Wykonawca winien dołączyć*”.

Dodał, że celem przedstawienia obliczeń fotometrycznych dla wszystkich lamp było zweryfikowanie, czy oferowane oprawy gwarantują wartości parametrów oświetleniowych na poziomie nie mniejszym niż wymagania normy PN-EN 13201. Tylko na podstawie badań Zamawiający mógł ustalić, czy oferowane oprawy (także te w strefie ochrony konserwatorskiej) mają wystarczającą (zgodną z ww. normą) moc. W przypadku opraw OW LED decyzja Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków z 7 stycznia 2017 roku (nr IN.II.5142.164.1.2017), dalej „Decyzja” wskazywała na 72W, podczas gdy badania fotometryczne wykazały, że wystarczająca jest moc opraw OW LED 48W. Wszyscy wykonawcy, w tym Odwołujący i ELTAST w formularzu kalkulacji ceny w pozycjach dotyczących opraw ozdobnych w strefie objętej ochroną konserwatorską wskazali w kolumnie mocy opraw 55W. Powołane obliczenia były także niezbędne do sprawdzenia wiarygodności deklarowanej przez wykonawców łącznej mocy wszystkich oferowanych opraw (co podlegało ocenie na podstawie kryteriów oceny ofert).

Tym samym Zamawiający bezprawie zaniechał odrzucenia oferty ELTAST na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Kolejny zarzut dotyczył naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ELTAST, mimo że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż wykonawca nie zaoferował 174 opraw w strefie ochrony konserwatorskiej, ewentualnie zaoferowane oprawy nie zostały określone poprzez podanie ich nazwy, typu i producenta, co było przez Zamawiającego w SIWZ wymagane.

Podał, że w tym celu Zamawiający w SIWZ (załącznik nr 2) przygotował wzór formularza kalkulacji ceny (w Excelu). We wzorze podano opis dostawy z instalacją i ilości oraz jednostki miary oraz moc rzeczywistą opraw. W pozostałym zakresie tabelę miał wypełnić wykonawca.

Analiza oferty ELTAST, w szczególności formularza kalkulacji ceny skazuje, iż nie podano w nim nazwy, typu i producenta opraw w pozycjach 36 - 37,40-47,49-61, 74-80,104 -105. W powołanych pozycjach ELTAST wskazał „Oprawa z projektu”. Zauważanie wymaga jednak, że ani w SIWZ, ani w ofercie ELTAST nie został wskazany dokument określany jako „projekt”. Zatem w tym zakresie ELTAST nie podał żądanych nazw i typu oraz producenta opraw w ww. pozycjach. Co więcej, wykonawcy mieli także obowiązek wypełnienia pozostałych kolumn formularza kalkulacji ceny odnośnie wszystkich opraw. W SIWZ brak jakiegokolwiek wyłączenia w tym zakresie odnośnie opraw w obszarze konserwatorskim. Zauważył, że Zamawiający dopiero w piśmie z 29 stycznia 2019 roku (a zatem po terminie składania ofert) próbował nadać nową treść SIWZ wskazując, że odnośnie opraw dla terenu objętego ochroną konserwatorską brak jest obowiązku podania w formularzu kalkulacji ceny parametrów techniczno - użytkowych opraw, jednak stanowisko to nie znajduje

potwierdzenia w treści SIWZ. Zarówno Zamawiającego, jak i wykonawców wiąże SIWZ w brzmieniu aktualnym na dzień, w którym upływa termin składania ofert. Późniejsze zmiany są bezskuteczne. Zamawiający uzasadnił swoje stanowisko tym że wykonawcy nie mogą zaoferować innych opraw niż wskazane w Decyzji. Tym samym oferta ELTAST w omawianym zakresie jest niezgodna z SIWZ. Z żadnych dokumentów złożonych wraz z oferta nie wynika, jaki typ, nazwę i producenta opraw w obszarze ochrony konserwatorskiej zaoferował ELTAST. Oprawy te wskazuje Decyzja - są to dla słupów stylizowanych na historyczne oprawy OW LED 72W, a pozostałych - Cuddle Led 72W. Wskazane oprawy jednak nie zostały w ogóle ujęte w ofercie ELTAST.

W zakresie zarzutu trzeciego dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezgodności złożonej oferty z treścią SIWZ, na wstępie stwierdził, że w sprawie nie jest okolicznością sporną, że w pozycjach 37 - 38 formularza kalkulacji ceny Odwołujący wskazał w kolumnie „Nazwa, typ oprawy, producent” (dalej „kolumna nr 3”) oprawy Cuddle LED 72 (zgodnie z SIWZ), a w pozycjach 40-46, 52, 54-61, 68, 75-76, 78-80, 104-105 oprawy Cuddle LED 48, co nie odpowiada wymaganiom SIWZ. Wypełnił także pozostałe kolumny podając ceny jednostkowe, liczbę sztuk oraz parametry techniczne oferowanych dla tych pozycji opraw. Odwołujący zorientował się, iż w części pozycji formularza kalkulacji ceny kolumnie nr 3 podał omyłkowe nazwy opraw, o czym poinformował Zamawiającego pismem z 30 stycznia 2019 roku wyjaśniając m.in., że w pozycjach 40 - 46, 52, 54-61, 68, 75-76, 78-80, 104-105 zaoferował zgodnie z SIWZ oprawy ROSA OW LED omyłkowo podając w tych pozycjach oprawy Cuddle LED 48. Argumentował, że stanowisko to potwierdza treść zawartych w ofercie obliczeń fotometrycznych. Zamawiający pismem z 1 marca 2019 roku zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz odrębnym pismem przedstawił informację o wyniku Postępowania. W piśmie informującym o wyniku Postępowania Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego (pkt 2 pisma) podał, że *„kalkulacja ceny oferty nie jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ, załącznik nr 1 zawiera błędy, których nie można poprawić na gruncie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przedłożona w ofercie przez Wykonawcę kalkulacja ceny oferty stanowiąca załącznik nr 2 do SIWZ nie zawiera ani jednej oprawy ozdobnej z 174 sztuk przewidzianych do zainstalowania, na obszarze ochrony konserwatorskiej. Kalkulacja ceny oferty nie obejmuje więc zgodnie z przedłożonym dokumentem całego przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym nie jest możliwe dokonanie oceny oferty w kryterium cena”*.

Zamawiający wskazał dalej w pkt. 3) pisma, że Odwołujący *„nie skalkulował w kosztorysie ofertowym oprawy ozdobnej ROSA OW LED w ilości 174 sztuk”*.

Następnie w pkt. 3.1) pisma odniósł się do złożonych z własnej inicjatywy wyjaśnień Odwołującego z 30 stycznia 2019 roku, w których Odwołujący wskazał, iż w pozycjach 37 - 38, 40 - 47, 52, 54-61 68, 75, 76, 78-80, 104 -105 formularza kalkulacji ceny omyłkowo podał oprawy Rosa Cuddle 72W zamiast OW LED ROSA. Zamawiający wyraził pogląd, iż ww. wyjaśnienie było niedopuszczalne, a nadto że oprawa Cuddle 72 została wpisana przez Odwołującego w formularzu kalkulacji ceny tylko w pozycjach 37 i 38, a w pozostałych wpisano Cuddle 48. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie podał także oprawy OW LED ROSA w formularzu ofertowym, co w ocenie Zamawiającego uniemożliwia także poprawienie omyłki w formularzu kalkulacji ceny. Zamawiający w pkt. 3.2) pisma także ocenił, że nie można omyłek w ofercie Odwołującego poprawić także na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazał na brak w kalkulacji ceny oferty choćby jednej oprawy OW LED ROSA, co nie daje możliwości poprawnego skalkulowania ceny oferty.

Zamawiający zatem przyjął, iż omyłka w formularzu kalkulacji ceny oferty nie może zostać poprawiona ani na podstawie przepisu art. 87 ust 2 pkt 1, ani pkt. 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie uznał także za zasadne wezwania Odwołującego do wyjaśnień oferty na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Ze stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić, gdyż faktem jest, że Odwołujący nie wskazał w formularzu ofertowym i w pozycjach 40 -46, 52, 54-61, 68, 75-76, 78-80, 104 -105 formularza kalkulacji ceny (na co sam zwrócił uwagę Zamawiającego w piśmie z 30 stycznia 2019 roku) opraw ROSA OW LED, jednak - czego Zamawiający nie dostrzega - opraw ROSA OW LED dotyczą obliczenia fotometryczne złożone przez Odwołującego w ofercie (plik Rosa.Philips.Dialux.pdf), na co Odwołujący zwrócił uwagę już w piśmie z 30 stycznia 2019 roku. I przykładowo analizując treść tego dokumentu można wskazać na k. 46-48 (pkt 22), gdzie zaprezentowano obliczenia dla ulicy 11 listopada, dla której wymieniono oprawę ROSA OW LED (w formularzu kalkulacji ceny - omyłkowo Cuddle LED). W kolejnych punktach (numerowanych analogicznie jak pozycje w formularzu kalkulacji ceny), dotyczących zakwestionowanych przez Zamawiającego pozycji formularza kalkulacji ceny, podano wymagane w SIWZ oprawy ROSA OW LED. Zarzucił Zamawiającemu, że jeśli ten uważał, iż niezbędne są dodatkowe wyjaśnienia zobowiązany był o nie wystąpić na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ewentualnie wystąpić do Odwołującego o zgodę na poprawę omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w kwestionowanych pozycjach (w kolumnie nr 3) poprzez przyjęcie za prawidłowe danych zawartych w obliczeniach fotometrycznych.

Zasady doświadczenia życiowego jednoznacznie wskazują, iż trudno uznać za omyłkowe skomplikowane obliczenia fotometryczne, dotyczące oferowanych wskazanych zgodnie z SIWZ opraw, zawarte w ofercie Odwołującego. Zamawiający zobowiązany był wziąć je pod uwagę oceniając ofertę Odwołującego. Tymczasem Zamawiający je pominął bezzasadnie

uznając, że Odwołujący nie zaoferował 174 opraw ROSA OW LED, w konsekwencji czego odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W zakresie kolejnego zarzutu – czwartego – Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust.1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego w kryterium trwałość strumienia oferowanych opraw ulicznych i przyznanie jej 2 pkt. zamiast 10 pkt., ewentualnie poprzez nieprawidłową ocenę ofert ELTAST i SPIE Elbud Gdańsk S.A. i przyznanie tym ofertom 10 pkt. zamiast 2 pkt.

Podał, że jednym z kryteriów oceny ofert była trwałość strumienia oferowanych opraw ulicznych o najniższej trwałości spośród oferowanych opraw ulicznych. W Rozdziale 13 pkt 5 (k. 37) Zamawiający wskazał w jaki sposób będzie oceniał oferty w tym kryterium. W przypadku L80B10 wynoszącym 100 000 h wykonawca miał otrzymać 2 pkt., a jeśli liczba godzin przekracza 140 000 - 10 punktów.

Odwołujący podał w formularzu ofertowym, że trwałość strumienia oferowanych opraw ulicznych o najniższej trwałości spośród opraw oferowanych wynosi 100 000 h i otrzymał 2 pkt. w tym kryterium. ELTAST podał wartość 143 000 h i otrzymał 10 pkt.

Wskazał, że jak wynika ze stanowiska Zamawiający prezentowanego w piśmie z 29 stycznia 2019 roku ocenie nie podlegały oprawy w strefie objętej ochroną konserwatorską. Zamawiający wywodzi powołane twierdzenie z brzmienia pkt. 5.5. załącznika nr 1 do SIWZ (k. 14). Punkt 5.5. zatytułowany jest „*Wymagane minimalne parametry techniczno - użytkowe opraw w obszarze ochrony konserwatorskiej*”. Zatem ewentualnie można przyjąć, iż ocena opraw w strefie objętej ochroną konserwatorską nie będzie obejmowała wymagań w zakresie parametrów techniczno - użytkowych, gdyż tylko tego dotyczy ten punkt (nie dotyczy kryteriów oceny ofert). Należy przyjąć, że ocena ta jest wyłączona tylko wtedy, gdy wykonawca zaoferuje oprawy identyczne ze wskazanymi w Decyzji (także co do mocy), a nie oprawy o innej mocy, czy równoważne. W konsekwencji Zamawiający błędnie wywodzi, że powołane postanowienie odnosi się także do kryteriów oceny ofert. W Rozdziale 13 SIWZ, który dotyczy kryteriów oceny ofert oraz we wzorze formularza oferty, brak jakiegokolwiek wyłączenia w omawianym zakresie.

Kryteria jakościowe brzmią następująco:

Kryterium 2: „Moc zainstalowana wszystkich opraw oświetleniowych oferowanych przez Wykonawcę (suma mocy rzeczywistej wszystkich opraw bez uwzględnienia tzw. zmiennego profilu mocy, tj. redukcji mocy oprawy w cyklu 24h)”.

Kryterium 3: „Trwałość strumienia światła oprawy ulicznej o najniższej trwałości spośród oferowanych opraw ulicznych. Następnie należy wskazać, iż w przypadku opraw wskazanych w Decyzji trwałość strumienia światła wynosi 100 000 h, co przekłada się na ocenę w kryterium trwałości strumienia światła oprawy ulicznej o najniższej trwałości spośród

oferowanych opraw na 2 pkt. ELTAST wskazał w formularzu ofertowy, że trwałość strumienia światła oprawy ulicznej o najniższej trwałości spośród oferowanych opraw wynosi 143 000 h, a Odwołujący 100 000 h. Przywołane wyżej kryteria jednoznacznie wskazują na wszystkie oferowane oprawy bądź jako punkt odniesienia wskazują „oferowane oprawy uliczne”, a zatem także te w strefie ochrony konserwatorskiej.

Podkreślił, że w stanie faktycznym sprawy mimo, że wszyscy wykonawcy zaoferowali oprawy wskazane w Decyzji (o ile zostanie przyjęte, że takie oprawy zaoferował ELTAST) o trwałości strumienia światła 100 000 h oraz wszyscy wykonawcy zaoferowali oprawy Philipsa o trwałości strumienia światła 143 000 h dla pozostałego obszaru, to - jak wynika z pisma Zamawiającego z 1 marca 2019 roku (tabela) - ELTAST i SPIE Elbud Gdańska S.A. otrzymali 10 pkt., a Odwołujący 2 pkt.

Nadto podał, że faktem jest, że Odwołujący w formularzu oferty wskazał w pkt. 3 trwałość strumienia światła na poziomie 100 000 h, bowiem uwzględnił w tym miejscu oprawy dla strefy objętej ochroną konserwatorską. Tylko te oprawy spośród oferowanych przez wszystkich wykonawców mają trwałość strumienia światła 100 000 h. Zamawiający nie traktuje wykonawców w Postępowaniu równo, w sposób wymagany przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Gdyby oceniał oferty prawidłowo - jak już zostało zaznaczone - albo wszystkie oferty powinny otrzymać w omawianym kryterium 2 pkt., albo 10 pkt. Działając inaczej Zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

**Zamawiający** w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie jako niezasadnego.

W pierwszej kolejności Zamawiający odniósł się do zarzutu odwołania dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego. W tym zakresie wskazał przede wszystkim na treść odwołania, gdzie Odwołujący podał, iż we wskazanych punktach formularza, oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ. W ramach tego Odwołujący w dalszych miejscach odwołania przyznaje, że kwestia niezgodności jego oferty z SIWZ jest poza sporem interpretacyjnym. Ponadto na stronie 8/14 Odwołujący ponownie potwierdza, że w kosztorysie ilościowo-wartościowo-parametrycznym dostawy (formularz ofertowy) dokonał samowolnie zmiany treści kosztorysu w pozycjach 40 - 46, 52, 54-61, 68, 75-76, 78-80, 104 - 105 poprzez zaoferowanie i wycenę w miejsce opraw ozdobnych o nazwie O W LED opraw ulicznych o nazwie Cuddle LED.

W takiej sytuacji Odwołujący stwierdził, że pozostaje poza jakimkolwiek sporem interpretacyjnym Stron, iż:

1. Formularz ofertowy, będący kosztorysem dostawy z instalacją zawiera w pozycjach 40-46, 52, 54-68, 75-76 oraz 78-105 omyłki, czy inaczej błędy wprowadzone przez Wykonawcę,



2. Wprowadzone przez Wykonawcę zmiany do kosztorysu ofertowego lub inaczej specyfikacji dostawy z instalacją zmieniają w sposób zasadniczy treść oferty, w konsekwencji czyniąc ją niezgodną w wymaganiach Zamawiającego, sprzeczną z treścią SIWZ.

Wskazał, że Zamawiający wobec zaistniałej sytuacji, przeprowadził szczegółową analizę możliwości dokonania poprawienia omyłek w ofercie (specyfikacji dostawy) Odwołującego, kierując się dyspozycją art. 87 Ustawy Pzp. Stwierdził, że Zamawiający uznał, iż nie zachodzą żadne przesłanki, aby uznać istotną zmianę treści specyfikacji dostawy, jako kwalifikująca się na podstawie art. 87 ust. 2 do poprawienia przez Zamawiającego. Nadto uznanie, jak żąda tego Odwołujący, w piśmie z 30.01.2019 r., za oczywistą omyłkę pisarską [art. 87 ust. 2 pkt 1)] zmian dokonanych w treści oferty przez Odwołującego, zdaniem Zamawiającego nie jest możliwe, ponieważ Zamawiający nie posiada wszelkich danych niezbędnych do samodzielnego poprawienia omyłki.

Podkreślił, że w szczególności w wyniku braku w kalkulacji ceny oferty - nie jest znana cena jednostkowa oprawy ozdobnej O W LED, która została usunięta przez Odwołującego z kosztorysu ofertowego dostawy, a winna być objęta ofertą. Argumentacja podnoszona przez Odwołującego w pismach do Zamawiającego, utwierdzała Zamawiającego tylko w opinii, że Odwołujący bardzo swobodnie interpretuje szczegółową specyfikację dostawy i ani razu, do samego finału, nie potwierdził jej zgodności z wymaganiami SIWZ. Zważywszy, że oprawy ozdobne są zazwyczaj droższe od zwykłych opraw ulicznych różnica w cenie mogłaby istotnie zmienić treść oferty. Gdyby wystąpiła omyłka w ilości opraw podlegających wycenie, Zamawiający poprawiłby kosztorys kierując się art. 87 ust. 2 pkt 2). Ale ilości opraw ulicznych były zawyżone a oprawy ozdobne nie występują w ofercie Odwołującego w ogóle. Taki stan faktyczny uniemożliwia poprawienie kosztorysu na tej podstawie prawnej. Zakwalifikowanie tej omyłki *jako innej omyłki* polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, również nie może zostać zastosowane. Ponieważ Zamawiający musiałby dokonać zmiany treści kosztorysu na zgodny z SIWZ oraz dokonać na własne ryzyko wyceny opraw ozdobnych, których nie ujął w swojej ofercie Odwołujący. W istocie to Zamawiający stałby się autorem oferty, a w konsekwencji prowadziłoby to do istotnej zmiany treści oferty, co jest niedopuszczalne. Autorem oferty, poza wszelką wątpliwością musi być Wykonawca a nie Zamawiający.

Nadto dodał, iż ewentualne wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp musiałyby w tej sytuacji doprowadzić *de facto* do złożenia nowego formularza kalkulacji ceny oferty, a jest to niedopuszczalne, gdyż narusza podstawą zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych. Zauważył, że Odwołujący żąda, aby Zamawiający uznał, że karty katalogowe opraw ozdobnych załączone do oferty w celu potwierdzenia spełnienia przez zaproponowane oprawy cech technicznych użytkowych były uznane za poświadczenie intencji Odwołującego w kwestii dostawy. Rzecz w tym, że kwestia sporną nie może być intencja, ale konkretne zaproponowane i wycenione w kosztorysie ofertowym produkty (oprawy oświetleniowe) a właśnie tego brakuje w ofercie Odwołującego. Atrybutem wyłącznym produktu (oprawy) jest cena jednostkowa, która jest podstawą określenia ceny całkowitej dostawy-ceny oferty. Kwestie techniczne i poświadczenie parametrów technicznych stanowią kwestię odrębną. Wobec braku jednoznacznego przyporządkowania konkretnym oprawom ozdobnym ceny jednostkowej poprzez samowolną zmianę treści kosztorysu ofertowego, ten parametr, którego waga w kryteriach oceny była określona na 60% nie został należycie wykazany.

Odnosząc się do zarzutu ozn nr 1 i 2 dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez „zaniechanie odrzucenia oferty ELTAST, mimo że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż wykonawca nie złożył w ofercie obliczeń fotometrycznych i sprawozdania (raportu) z badania LM-80-08 źródeł światła LED dla opraw w strefie ochrony konserwatorskiej”, Zamawiający przywołuje treść załącznika nr 1 do SIWZ strona 14 punkt 5.5., że „oprawy przeznaczone do instalacji w obszarze ochrony konserwatorskiej nie będą podlegały ocenie”

Odwołujący złożył obliczenia fotometryczne wykonane dla opraw z obszaru ochrony konserwatorskiej tożsame z obliczeniami zawartymi w załączonym do SIWZ załączniku nr 1, przyjmując również tożsame moce. Wobec faktu, że Wykonawcy nie mieli praktycznie żadnej swobody w doborze opraw dla obszaru ochrony konserwatorskiej oraz zgodnie z treścią punktu 5.5. zał. nr 1 do SIWZ oprawy te były wyłączone w całości z kryteriów oceny, Wykonawcy więc nie mieli obowiązku składać tych obliczeń. Załączenie przez Odwołującego tożsamych obliczeń fotometrycznych, które były załączone przez Zamawiającego do SIWZ w zał. nr 1, z których wynikają z góry założone przez Zamawiającego moce opraw, w istocie nie było konieczne, ponieważ te obliczenia były w SIWZ i tylko powtórnie zostały załączone. Na szczególną uwagę zasługuje bardzo odmienny sposób opisanie wymogów techniczno-użytkowych opraw poza ochrona konserwatorska i w obszarze ochrony konserwatorskiej.

W tym zakresie wskazał, że dla obszaru poza ochroną konserwatorską wymagania techniczno-użytkowe zostały szczegółowo ujęte w załączniku nr 1 do SIWZ w tabelach: tab.Nr 4, tab.Nr 5 oraz tabela nr 6 na stronach od 10 do 13. W przypadku opraw w obszarze ochrony konserwatorskiej jest całkowity brak wymagań techniczno-użytkowych w formie parametrów ujętych w tabelach. Na uwagę, zdaniem Zamawiającego zasługuje również wiersz nr 2 w tabeli nr 1, z którego wynika obowiązek załączenia obliczeń fotometrycznych

dla dobieranych przez wykonawcę opraw, w obszarze, gdzie mógł swobodnie dobierać sobie oprawy i producenta. W kolumnie 4 jest wymóg sporządzenia dla dobieranych opraw obliczeń fotometrycznych. Dla opraw na obszarze ochrony konserwatorskiej takiego wymogu brak. W obszarze ochrony konserwatorskiej, Wykonawca nie mógł dobierać opraw, ponieważ te oprawy zostały narzucone arbitralnie przez konserwatora w decyzji konserwatorskiej. Wymogu sporządzenia przez Wykonawcę obliczeń fotometrycznych, na mocy treści załącznika nr 1 do SIWZ nie było.

Wykazane zostało według Zamawiającego, że SIWZ oraz załączniki nie zawierały takiego wymogu a wymóg ten został wprowadzony samowolnie przez Odwołującego, tak samo jak samowolnie Odwołujący dokonał zmiany w specyfikacji kosztorysu dostawy z instalacją.

Wymagania Zamawiającego od początku zawarte są w SIWZ z załącznikami, a Odwołujący konsekwentnie próbuje narzucić swoje warunki dostawy na co Zamawiający konsekwentnie nie wyraża zgody. Wszystko wskazuje, że Odwołujący przy sporządzaniu oferty nie zapoznał się lub zapoznał się bardzo pobieżnie z treścią załącznika nr 1 do SIWZ, który szczegółowo precyzuje wymagania przedmiotowe. Odwołujący zdaje się opierać swoje racje tylko na ogólnych zapisach SIWZ. W świetle przywołanych okoliczności faktycznych oferta wybrana przez Zamawiającego jest zgodna z SIWZ i nie podlega odrzuceniu. Ten zarzut Odwołującego, zdaniem Zamawiającego podlega oddaleniu.

W zakresie zarzutu 2 dotyczącego, *„naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ELTAST, mimo że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż wykonawca nie zaoferował 174 opraw w strefie ochrony konserwatorskiej, ewentualnie zaoferowane oprawy nie zostały określone poprzez podanie ich nazwy, typu i producenta, co było przez Zamawiającego w SIWZ wymagane” również podlega oddaleniu. Zgodnie z treścią zarzutu:” ... , ewentualnie zaoferowane oprawy nie zostały określone poprzez podanie ich nazwy, typu i producenta...”* Zamawiający podał, że Odwołujący zmanipulował treść oferty Wykonawcy Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o. o., ponieważ faktyczny zapis brzmi dla opraw w obszarze ochrony konserwatorskiej: "zgodnie z projektem" co jednoznacznie określa, że oprawy w kosztorysie oferty uznanej za najkorzystniejszą są zgodne z zestawieniem projektowym oraz tabelą danych wsadowych do obliczeń fotometrycznych, w której znajduje się wykaz tych opraw. Jednoznaczne jest dla Zamawiającego oświadczenie woli wykonawcy Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST sp. z o. o., że dokonał wyceny i zamierza realizować dostawę z instalacją zgodnie z wytycznym Zamawiającego i nie zamierza w obszarze ochrony konserwatorskiej wprowadzać żadnych zmian. Zatem i ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie i podlega oddaleniu.

W zakresie zarzut nr 4 podał, że zdaniem Odwołującego: „*naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust.1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego w kryterium trwałość strumienia oferowanych opraw ulicznych i przyznanie jej 2 pkt. zamiast 10 pkt., ewentualnie poprzez nieprawidłową ocenę ofert ELTAST i SPIE Elbud Gdańsk S.A. i przyznanie tym ofertom 10 pkt. zamiast 2 pkt.*”, w opinii Zamawiającego również nie zasługuje na uwzględnienie. Powodem tego jest to, że parametr trwałości strumienia światła oprawy o nazwie L90B10 stanowi oświadczenie woli wykonawcy i nie może być sprzeczny z projekcją trwałości uzyskaną w raporcie TM21-11 dla źródeł światła LED. Oznacza to, że jeśli źródła światła mają trwałość wg TM 21-11 np. 120 000 godzin to L90B10 dla oprawy nie może wynosić 130 000 lub więcej. Może być maksymalnie 120 000 lub mniej. Odwołujący złożył w ofercie oświadczenie woli, że L90B10 to 100 000 godzin i nie jest to sprzeczne z TM21-11 i taka trwałość została oceniona wg trzeciego kryterium oceny ofert. Zamawiający, analogicznie do zarzutu 3 nie miał żadnych podstaw, aby kwestionować oświadczenie woli Odwołującego złożone w ofercie i dokonać w trybie art. 87 ust 2 poprawienia treści oferty, uznając, że Odwołujący popełnił np. inną omyłkę nie powodującą istotnej zmiany treści oferty, ponieważ taka poprawka prowadziłaby do istotnej zmiany treści oferty.

Reasumując swoje stanowisko w sprawie Zamawiający podał, że stan faktyczny sprawy jest pomiędzy stronami jest niesporny, ale strony w sposób bardzo odmienny interpretują, dokonane ustalenia. Zdaniem Zamawiającego wszystkie zarzuty Odwołującego są bezzasadne i podlegają oddaleniu. Na uwagę zasługuje fakt, że w czasie tak długiej procedury Odwołujący nie skorzystał w odróżnieniu od innych wykonawców, z możliwości zadawania pytań do SIWZ, w wyniku których mógł rozwiązać swoje wątpliwości, upewnić się co do metodyki oceny ofert lub innych wątpliwych jego zdaniem kwestii. Podkreślił, że pozostałe oferty, które wpłynęły w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone w tym zakresie w sposób zgodny z postanowieniami SIWZ, żaden z pozostałych wykonawców nie zinterpretował postanowień SIWZ z załącznikami w sposób odmienny od stanowiska i intencji Zamawiającego, który jest twórcą dokumentacji przetargowej.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca, którego oferta została wybrana do realizacji tego przedmiotu zamówienia, poparł stanowisko Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, a nadto dodał, że z dokumentacji przetargowej, w szczególności z załącznika nr 1 wynika, że w zakresie obszaru objętego ochroną konserwatorską, nie było wymagane badanie fotometryczne oferowanych lamp, a takie badanie miało być tylko dokonane do lamp znajdujących tylko poza tym obszarem. Podkreślił, że wszystkie dokumenty, które wiążą się z realizacją tego zamówienia

zostały określone jako projekt, i tym samym jeśli Przystępujący oferuje lampy takie jak wynikają z decyzji konserwatorskiej to jest oprawa z projektu.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożonych dowodów oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje,**

**Odwołanie jest niezasadne i w związku z tym zostało oddalone.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie wykazał spełnianie przesłanek posiadania interesu o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp. Również Przystępujący zdaniem Izby wypełnił przesłanki interesu występowania w sprawie po stronie Zamawiającego.

Ponadto wskazać należy, że Odwołujący kwestionował prawidłowość przystąpienia wykonawcy Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. ul. Toruńska, 26-600 Radom do postępowania po stronie Zamawiającego wskazując, że nie otrzymał kopii przystąpienia. Odnosząc się do powyższego Przystępujący przedstawił Izbie – który okazano także Przystępującemu, dowód przesłania kopii przystąpienia na adres e-mailowy Odwołującego wskazany w odwołaniu. Fakt przesłania na wskazany adres został potwierdzony przez Izbę. Nadto Przystępujący wskazał w oparciu o ewidencję przeprowadzonych rozmów iż w dniu 13.03.2019 r dwukrotnie wykonał telefon do Odwołującego na nr (887-300-310), prosząc o przesłanie potwierdzenia – czego mimo obietnicy ze strony pracownika Odwołującego nie uzyskał.

Izba biorąc powyższe pod uwagę uznała, że Przystępujący w sposób wystarczający wykazał, iż przesłał Odwołującemu kopię przystąpienia i tym samym stwierdziła prawidłowość przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego.

Przechodząc do oceny zarzutu dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego z tego powodu, że Zamawiający zaniechał poprawy błędów w ofercie jako omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp na wstępie wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Stosownie natomiast do treści art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek: 1) oczywiste omyłki pisarskie; 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych

dokonanych poprawek; 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Zanim zatem Zamawiający dokona odrzucenia oferty jako nieodpowiadającej treści SIWZ, obowiązany jest dokonać jej analizy, przez pryzmat obowiązku poprawienia jej niezgodności z treścią SIWZ. Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obciążonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty.

Odnosząc się do powyższego zwrócenia uwagi wymaga kwestia, że omyłki w ofercie nie należy utożsamiać z popełnionym w niej błędem. Wyraźną różnicę pomiędzy omyłką a błędem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 27 października 2016 r. (KIO 1889/16). Ponadto wskazać należy, że Zamawiający ustalił w tym postępowaniu wynagrodzenie kosztorysowe, gdzie każda z pozycji Formularza cenowego winna być wyceniona w sposób prawidłowy, gdyż przy tego rodzaju wynagrodzeniu kosztorys stanowi treść oferty w rozumieniu prawa cywilnego i stanowi podstawę do ostatecznego rozliczenia kosztu wykonanych robót. Inna jest sytuacja w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, gdzie kosztorysy mają charakter wyłącznie pomocniczy.

Przechodząc do oceny zasadności przedmiotowego zarzutu wskazać należy iż błąd/omyłka w ofercie dotyczyła zaoferowania w obszarze ochrony konserwatorskiej 174 szt. lamp innych niż ustalone w decyzji nr IN.11.5142.164.1.2017 Konserwatora zabytków oraz dokonania wyceny w ofercie lamp oferowanych, podkreślając jednocześnie, że w wskazanej w ofercie cenie za te 174 lampy jest w stanie nabyć lampy, które chciał zaoferować. Powyższa kwestia niezgodności była niesporna pomiędzy stronami.

Izba dokonując analizy treści odwołania, stanowiska Zamawiającego oraz treść dokumentacji postępowania przychyliła się do stanowiska Odwołującego, a także Zamawiającego (str. 4 odp. na odwołanie), iż możliwa byłaby zmiana formularza Kalkulacji Ceny w kolumnie nr 3 gdzie wykonawca miał podać oferowaną nazwę, typ oprawy i producenta. Zdaniem Izby ta możliwość wypływa z faktu, że w tym zakresie wykonawcy nie mieli możliwości wyboru, jakie lampy mogą zostać zaoferowane, gdyż to zostało ustalone w ww. decyzji Konserwatora Zabytków. Natomiast Izba uznała, że w przedmiotowej sytuacji brak było możliwości poprawy całości wymagań, jakie miały zostać podane w Formularzu Kalkulacji Ceny z tego powodu, że wycenione zostały nie te lampy które winny być zaoferowane, lecz te oferowane przez Odwołującego. Zwrócenia uwagi w tym zakresie wymaga treść pisma z 30 stycznia 2019 roku, gdzie Odwołujący odnosząc się do pisma Zamawiającego o błędach w jego ofercie w zakresie lamp w pkt. 2 podał, że „Wykonawca oświadcza, że w swojej ofercie zawarł wymagane przez Zamawiającego 174 sztuki oprawy

OW LED ROSA co Wykonawca potwierdził załączeniem do SIWZ obliczeń fotometrycznych dla punktów objętych montażem ww. opraw. W obliczeniach fotometrycznych została dokładnie sprecyzowana nazwa i typ oprawy, w tym przypadku: ZPSO ROSA 222333/4/DW Cuddle 48W 4000K DW", jednakże w żadnej mierze nie odniósł się do ceny lamp które winny być zaoferowane. Wyjaśnienia w zakresie ceny lamp wynikających z decyzji Konserwatora podane do protokołu rozprawy, po pierwsze, nie zasługują na danie im wiary gdyż stanowią element taktyki procesowej Odwołującego, a po drugie, wprowadzałyby do oferty nowy element zmieniający treść oferty – nowa cenę jednostkowa lamp, co najprawdopodobniej doprowadziłoby do zmiany ceny oferty.

Podkreślić należy, że poprawa „innej omyłki” może być dokonana w ofercie tylko w sytuacji, kiedy Zamawiający ma o ofercie dane w oparciu o które może poprawy dokonać. W tej sytuacji Zamawiający takiej możliwości nie miał. Zgodzić się należy że stanowiskiem Zamawiającego, że w tej sytuacji, aby dokonać poprawy treści Formularza cenowego w oparciu o przepis art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp to Zamawiający musiałby sam na własne ryzyko dokonać wyceny opraw ozdobnych dla strefy ochrony konserwatorskiej, której ani jednej sztuki Odwołujący nie ujął w Formularzu i nie wycenił w żadnym miejscu oferty. Brak wskazania ceny lamp, które winny być zaoferowane nie mógł być kwalifikowany, jako inna omyłka o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W zakresie możliwości poprawy omyłki wskazać należy na orzeczenie KIO z 13 października 2013 r., sygn. akt KIO 1975/14 gdzie Izba uznała, że Zamawiający aby poprawić omyłkę musi w sposób nie podlegający wątpliwościom wiedzieć jak to zrobić. Jeżeli nie jest w stanie odtworzyć właściwej, niezniekształconej treści oferty, co do zasady nie może dokonać poprawienia.

Nie jest zasadne stanowisko Odwołującego podane na rozprawie, iż kwestia ceny lamp które miały być montowane w strefie ochrony konserwatorskiej nie jest istotna, gdyż cena nie była podstawą odrzucenia oferty Odwołującego. W tym zakresie wskazać należy, że w informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający w pkt 2 oraz 3; 3.2 i 4 jednoznacznie wskazał, że „*oferta obarczona jest nieusuwalną wadą, gdyż nie skalkulował w kosztorysie ofertowym oprawy ozdobnej ROSA OW LED w ilości 174 sztuk*” (...)Formularz kalkulacji ceny oferty nie zawiera ani jednej oprawy ozdobnej aby możliwa była jej rzeczywista wycena, a co za tym idzie nie ma możliwości oceny oferty zgodnie z przyjętymi w przetargu kryteriami oceny ofert”. Izba stwierdza, że kwestia ceny ma nie tylko znaczenie dla ustalenia realności zaoferowanej ceny, ale w szczególności służy do wyceny oferty i ustalenia określonej punktacji w ramach przyjętego kryterium oceny ofert.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że brak było możliwości poprawy błędu/omyłki w ofercie Odwołującego i zarzut podniesiony w tym zakresie oddaliła co skutkuje utrzymaniem w mocy czynności Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty.

Kolejnym zarzutem jaki Odwołujący sformułował wobec czynności oceny jego oferty był zarzut dotyczący nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego w kryterium trwałość strumienia oferowanych opraw ulicznych i przyznanie jej 2 pkt. zamiast 10 pkt. W tym zakresie Odwołujący wskazał przede wszystkim, iż w formularzu oferty podał wartość trwałości strumienia dla lamp w strefie ochrony konserwatorskiej. Zamawiający w tym zakresie uznał, że zgodnie z postanowieniem Zał. nr 1 do SIWZ pkt 5.5. „Wymagane minimalne parametry techniczno-użytkowe opraw w obszarze ochrony konserwatorskiej”.

*W mieście występuje obszar ochrony konserwatorskiej A/584, gdzie są ściśle określone parametry geometryczne i kolorystyczne opraw oświetleniowych. Parametry te są określone w decyzji nr IN.11.5142.164.1.2017. Decyzja Konserwatora Zabytków została dołączona do niniejszego opracowania. Obszar ochrony zaznaczony jest na załączonej mapie.*

*Poniżej przedstawione są schematy opraw zatwierdzonych do instalacji w obszarze chronionym. Oprawy przeznaczone do instalacji w strefie ochrony konserwatorskiej nie będą podlegały ocenie”.*

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że wykonawcy w Formularzu ofertowym winni byli podać trwałość strumienia lamp ulicznych - tych montowanych poza obszarem objętym decyzją konserwatora zabytków, gdyż oprawy przeznaczone do instalacji w strefie ochrony konserwatorskiej nie podlegały ocenie. Wykonawca podając parametry oceniane w kryteriach oceny ofert powinien podać: trwałość strumienia światła oprawy ulicznej o najniższej trwałości spośród oferowanych opraw ulicznych dla strefy poza ochrona konserwatorską. Odwołujący, co przyznał na rozprawie, wskazał w Formularzu na lampy ze strefy objętej ochrona konserwatorską, a więc popełnił błąd w tym zakresie. Podkreślić należy, że oprawy ze strefy ochrony konserwatorskiej były ujęte w bilansie mocy ale ze względu na brak swobody w ich doborze, koniecznym było ich wyłączenie z tej oceny, gdyż w innym przypadku że względu na moc wskazana w decyzji konserwatora wszystkie oferty w zakresie jakościowym miałyby z góry narzucony taki sam parametr tj. 100 000 godzin. Pozostali wykonawcy zaoferowali w formularzu ofertowym lampy L80B10 o trwałości 143 tys. godzin i w związku z tym otrzymali po 10 pkt. Odwołujący zaoferował lampy o mniejszej trwałości strumienia światła, to tym samym zasadnie uzyskał najniższą ocenę punktową tj. 2 pkt.

Podkreślić należy, że powyższe wskazanie jest elementem oświadczenia woli wykonawcy mieszczące się w kryterium oceny ofert. Tym samym próba narzucenia innej interpretacji treści SIWZ, a w szczególności pkt 5.5 zał. nr 1 do SIWZ jest niedopuszczalna, a dążenie do zmiany wskazanego parametru poprzez uznanie jej jako innej omyłki jest niezasadne, gdyż prowadziłyby do istotnej zmiany treści oferty. Ponadto stwierdzić należy, że poprawa treści oferty w trybie poprawy *innej omyłki* (art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp) jest



dopuszczalna tylko wtedy, gdy zawarty w ofercie błąd czy omyłka powoduje niezgodność treści oferty z SIWZ. W tym przypadku złożone oświadczenie wykonawcy jest zgodne z treścią SIWZ i nie może być zakwalifikowane jako inna omyłka w ofercie.

W kolejnych zarzutach tj. 1 i 2 Odwołujący podniósł, iż oferta Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu winna być odrzucona, gdyż wykonawca nie złożył w ofercie obliczeń fotometrycznych i sprawozdania (raportu) z badania LM-80-08 źródeł światła LED dla opraw w strefie ochrony konserwatorskiej, a także nie zaoferował 174 opraw w strefie ochrony konserwatorskiej. Powyższe zarzuty Izba uznała za niezasadne.

Jak Zamawiający słusznie wywodził na rozprawie, iż szereg kwestii podnoszonych w zarzutach odwołania wynika z faktu pominięcia przez Odwołującego ustaleń z Załącznika nr 1 do SIWZ. Niewątpliwym jest - co zostało wykazane w ww. zarzutach, że kwestia oferowania określonych lamp o określonych parametrach w strefie ochrony konserwatorskiej została wyłączona z oceny, ponieważ to konserwator zabytków w wydanej decyzji przyjął na siebie odpowiedzialność za prawidłowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie lamp na tym obszarze. W związku z tym brak było potrzeby wykonywania badań fotometrycznych dla tego obszaru. Zauważyć należy iż Zamawiający w tej materii wskazał, że *żaden z wykonawców badań fotometrycznych nie wykonywał. Odwołujący dane w tym zakresie zaczerpnął z załącznika nr 1 do SIWZ i przedstawił te wyliczenia, które były niczym innym niż skopiowaniem części tej dokumentacji projektowej*". Zamawiający nie wymagał w tym zakresie dla obszaru konserwatorskiego, podawania wyliczeń fotometrycznych, gdyż to zostało wskazane w decyzji konserwatora.

W zakresie braku wskazania w ofercie Przystępującego zaoferowania 174 opraw w strefie ochrony konserwatorskiej, ewentualnie zaoferowane oprawy nie zostały określone poprzez podanie ich nazwy, typu i producenta Izba w pewnej części podziela stanowisko Odwołującego, że te informacje winny były znaleźć się już w Formularzu cenowym - załączniku nr 2 do SIWZ. Zamawiający w tym zakresie wskazał, że mimo braku podania nazwy lampy to jednak Przystępujący złożył w pozycjach dotyczących strefy objętej ochroną konserwatorską oferowanie 174 lamp, stwierdzając iż będą to lampy *zgodne z projektem* (a więc wymienione w decyzji konserwatora) oraz podał ich wycenę. Ponadto Zamawiający dla potwierdzenia prawidłowości zaoferowanych lamp wezwał wykonawcę pismem z 30 stycznia 2019 roku do przedłożenia kart katalogowych lamp oraz próbek- po 1 sztuce kompletu oferowanych lamp, co otrzymał. Tym samym w świetle powyższego brak jest podstaw do stwierdzenia, że oferta Przystępującego jest w zakresie merytorycznym niezgodna z treścią SIWZ. Wobec powyższego Izba powyższe zarzuty uznała za niezasadne.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, iż treść SIWZ zawierała niejednoznaczne zapisy, a wszelkie wątpliwości w tym zakresie winny być interpretowane na

korzyść wykonawcy, Izba uznała powyższe stanowisko za niezasadne. Otóż jeśli treść SIWZ budzi wątpliwości to wykonawca winien wystąpić do Zamawiającego w trybie art. 38 Pzp do wyjaśnienia ich treści. W tej materii zasadnym jest wskazanie na orzeczenie Sądu Najwyższy, który w wyroku z 5 czerwca 2014 r., sygn. akt: IV CSK 626/13 wskazał, że kwestia potrzeby zadawania pytań Zamawiającemu winna być postrzegana przez pryzmat obowiązku wykonawcy należytego wykonania zamówienia i co się z tym wiąże złożenia ważnej oferty. Po wyroku Sądu Najwyższego tracą na ostrości prezentowane poglądy, które opierały się na założeniu, że ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień SIWZ, powinna ponieść zawsze strona, która ten SIWZ zredagowała, czyli Zamawiający. Sąd Najwyższy w ww. wyroku w sposób odmienny ocenił pogląd że zadawanie pytań Zamawiającemu należało uważać tylko za uprawnienie wykonawcy. SN wskazał, że art. 38 Pzp w związku z art. 354 § 2 k.c. w okolicznościach konkretnego zamówienia publicznego nie tylko daje wykonawcy uprawnienie, ale także nakłada na niego obowiązek zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ.

Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 156/16; KIO 161/16, gdzie wskazała, że w art. 38 Pzp w zw. z art. 354 § 2 k.c. ustanowiono zarówno uprawnienie, jak i obowiązek zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu braku wezwania Odwołującego w trybie art. 87 ust.1 Pzp do wyjaśnień, to Izba w tym zakresie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż dokonane wezwanie wiązałoby się z potrzebą złożenia nowego Formularza cenowego, czy ofertowego, co prowadziłoby do zmiany, a nie poprawy treści oferty.

Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp wskazanych w zarzutach odwołania.

Izba nie przyznała pełnomocnikowi Zamawiającego zwrotu kosztów zastępstwa prawnego Zamawiającego przed KIO z powodu brak złożenia faktury/rachunku w tym zakresie.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Izba orzekła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 1 ustawy Pzp,.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: .....