

**Sygn. akt: KIO 737/14**

**WYROK**  
**z dnia 29 kwietnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Honorata Łopianowska**  
**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2014 r. przez Odwołującego – Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Radomiu, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Augustów w Augustowie

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Radomiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr [słownie: dziesięciu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez Odwołującego – Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Radomiu 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 2010 r. 113, poz. 759 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 Suwałkach.

**Przewodniczący:**

## Uzasadnienie

I. Zamawiający – Gmina Augustów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Modernizację istniejącego oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Augustów”*.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod nr 86092-2014 w dniu 14 marca 2014 r.

II. Zamawiający pismem z dnia 8 kwietnia 2014 r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego, wskazując w uzasadnieniu jako powód tej czynności: *„Wykonawca złożył ofertę na opravach BOYEN. Zamawiający żądał dołączenia do oferty obliczeń fotometrycznych zgodnie z zapisami SIWZ pkt. 5 ust 13”* Dla potwierdzenia, że oferowane oprawy oświetlenia ulicznego będą spełniać wymagania oświetleniowe zawarte w załączonych obliczeniach fotometrycznych i zgodne z normą PN-EN 13201 do oferty należy załączyć obliczenia fotometryczne dla proponowanych oprav. Obliczenia należy wykonać dla wszystkich charakterystycznych odcinków dróg zgodnie z załączonymi w załączniku nr 10A do SIWZ, przykładowymi obliczeniami. Obliczenia muszą potwierdzać, że proponowane oprawy zapewniają nie gorsze parametry oświetleniowe niż te zaproponowane w obliczeniach przykładowych z załącznika nr 10A.

*Obliczenia muszą być wykonane zgodnie z obliczeniami przykładowymi tzn. mają zawierać wszystkie parametry jakie zawierają obliczenia przykładowe i mają być wykonane na podstawie tych samych danych tj. szerokość drogi, wysokość zawieszenia oprawy, wysunięcie oprawy nad jezdnię, odstęp między oprawami, strumień źródła światła itd.*

*W ofercie Wykonawcy w załączonym projekcie fotometrycznym wyniki obliczeń parametrów oświetleniowych są niezgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w pkt. 5 ust 13 tzn. wyniki kluczowych parametrów oświetleniowych są znacznie niższe od tych w projekcie Zamawiającego. W projekcie fotometrycznym załączonym do oferty Wykonawcy dla 74 sytuacji obliczeniowych w 63 sytuacjach parametry obliczone na podstawie proponowanej oprawy mają wartości niższe niż w obliczeniach zawartych w załączniku nr 10A.”*

Zamawiający nie podał podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego.

**III.** Odwołujący w dniu 14 kwietnia 2014 r. złożył odwołanie wobec odrzucenia Jego oferty.

Odwołujący postawił zarzuty naruszenia:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 29 ust. 1 - 3 ustawy, poprzez niezasadne i niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, w związku z art. 30 ust. 1 - 4 i ust. 6 ustawy, poprzez niezasadne i niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego.

W oparciu o tak wyrażone zarzuty, Odwołujący postawił żądania nakazania Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) odrzucenia oferty Odwołującego, oraz
- 3) ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że argumenty podane w zawiadomieniu w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego nie mają żadnego uzasadnienia. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt 4 ust. 13 SIWZ określił: „13. Zamawiający wykonał obliczenia fotometryczne (załącznik nr 10A) dla charakterystycznych odcinków dróg. W związku z tym Zamawiający, żąda od Wykonawców spełnienia niżej wymienionych warunków, co musi zostać wykazane w złożonej ofercie:

*14.1. Dla potwierdzenia, że oferowane oprawy oświetlenia ulicznego będą spełniać wymagania oświetleniowe zawarte w załączonych obliczeniach fotometrycznych i zgodne z normą PN-EN 13201 do oferty należy załączyć obliczenia fotometryczne dla proponowa-*

nych oprav. Obliczenia należy wykonać dla wszystkich charakterystycznych odcinków dróg zgodnie z załączonymi w załączniku nr 10A do SIWZ, przykładowymi obliczeniami. Obliczenia muszą potwierdzać, że proponowane oprawy zapewniają nie gorsze parametry oświetleniowe niż te zaproponowane w obliczeniach przykładowych z załącznika nr 10A.

Obliczenia muszą być wykonane zgodnie z obliczeniami przykładowymi tzn. mają zawierać wszystkie parametry jakie zawierają obliczenia przykładowe i mają być wykonane na podstawie tych samych danych tj. szerokość drogi, wysokość zawieszenia oprawy, wysunięcie oprawy nad jezdnie, odstęp między oprawami, strumień źródła światła itd.

14.2. Dla potwierdzenia, że obliczenia zostały wykonane prawidłowo, Wykonawca do swojej oferty dołączy dane techniczne rozsyłu światła opraw oświetleniowych tj. całej bryły światłości w formie elektronicznej bazy danych (np. plików LDT) umożliwiającą na ich podstawie dokonanie wyliczeń parametrów oświetleniowych drogi w ogólnie dostępnym programie komputerowym do wspomagania obliczeń (np. RELUX, DIALUX lub inny). Dotyczy to wyłącznie oprav wymienionych w ofercie przetargowej.”

Odwołujący przywołał przepis art. 30 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących europejskie normy lub braku norm innych państw członkowskich EOG przenoszących te normy, zamawiający będzie musiał uwzględniać: europejskie aprobaty techniczne, wspólne specyfikacje techniczne, normy międzynarodowe, wreszcie inne techniczne systemy odniesienia ustanowione przez europejskie organy normalizacyjne [art. 30 ust. 2 ustawy]. W dalszej kolejności, w przypadku braku określonych powyżej systemów odniesienia, uwzględnia się kolejno: Polskie Normy, polskie aprobaty techniczne i polskie specyfikacje techniczne [art. 30 ust. 3 ustawy]. Kolejność określona w art. 30 ust. 1 - 3 ustawy wynika wprost z postanowień dyrektyw, w szczególności art. 23 dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 34 dyrektywy 2004/17/WE [vide: M. Stachowiak, J. Jeżykowski, W. Dzierżanowski *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 3. Wydanie, Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., Warszawa 2007, s. 153-154].

Odwołujący podał, że przepis ust. 6 art. 30 ustawy dopuszcza możliwość wyboru przez zamawiającego metody dokonywania opisu przedmiotu zamówienia. Zatem zamawiający ma możliwość dokonania opisu poprzez wskazanie cech technicznych i jakościowych z zastosowaniem odpowiednich norm [art. 30 ust. 1 - 3 ustawy] lub przez wskazanie wymagań funkcjonalnych [art. 30 ust. 6 ustawy] lub też w sposób mieszany.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia poprzez własne obliczenia fotometryczne bez wskazania wprost obowiązującej w tym zakresie normy PN-EN 13201. W pkt 4 ust. 13 ppkt 14.1 [winno być 13.1]. Zamawiający określił jedynie, iż wymaga od wykonawców przedstawienia obliczeń fotometrycznych dla potwierdzenia, że oferowane oprawy oświetlenia ulicznego będą spełniać wymagania oświetleniowe zawarte w załączonych obliczeniach fotometrycznych i zgodne z normą PN-EN 13201. Ponadto w Specyfikacji Wykonania i Odbioru Robót w pkt 9. Przepisy związane, wskazane zostały 3 normy odnoszące się do: oświetlenia dróg - PN-EN 13201, do instalacji elektrycznych w obiektach budowlanych - PN-IEC 60364-5-52 oraz do opraw oświetleniowych - PN-EN 60598-2-3.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający opisując przedmiot zamówienia nie odniósł się do obowiązujących w tym zakresie norm, lecz wymagał spełnienia przez wykonawców wymagań wyższych niż wskazane w obowiązujących normach, bez uzasadnienia dlaczego. Takie działanie stanowi naruszenie art. 30 ustawy. Wprawdzie Zamawiający ma prawo wymagać, aby przedmiot zamówienia był realizowany w jakości wyższej niż standardowa, o podwyższonych parametrach, jednakże tylko wtedy, gdy jest w stanie swoje wymagania usprawiedliwić obiektywnymi okolicznościami [vide: opinia UZP dotycząca opisu przedmiotu zamówienia i przywołany w niej wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 236/08, UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzecznicy nr 1, Warszawa 2008, s. 40].

W ocenie Odwołującego, w niniejszym postępowaniu Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił potrzeby otrzymania urządzeń o wyższych parametrach niż wskazane w obowiązujących normach. Odwołujący w swojej ofercie przedstawił oprawy BOYEN wraz z obliczeniami fotometrycznymi i wykazał, że spełnia wymagania normy PN-EN 13-201. Przedstawia zamieszczona w odwołaniu tabelka zawierająca przykładowe wartości podane w ofercie Odwołującego, wartości wskazane w normie PN-EN 13-201, a także wartości wymagane przez Zamawiającego.

Sytuacja oświetleniowa	Odniesienie	Zestawienie wyników				
		Lm [cd/m <sup>2</sup> ]	U <sub>o</sub>	U <sub>I</sub>	TI [%1]	SR
3. Białobrzegi DK do leśniczówki	oprawa z oferty odwołującego	031	0,40	0,55	9	0,76
	oprawa z projektu Zamawiającego	030	0,54	0,73	10	0,67
	Wymagania według normy	>030	>035	0,40	<15	nie określa
5. Białobrzegi od rzeki do ST	oprawa z oferty odwołującego	0,76	0,41	0,7	13	0,72
	oprawa z projektu Zamawiającego	0,75	0,42	0,61	10	0,70
	Wymagania według normy	>0,75	>0,40	0,60	<15	>0,50
8. Białobrzegi odDK do Lasu	oprawa z oferty odwołującego	0,32	0,40	0,46	8	0,62
	oprawa z projektu Zamawiającego	030	0,50	0,72	10	0,60
	Wymagania według normy	>030	>035	0,40	<15	nie określa
9. Biemaki	oprawa z oferty odwołującego	0,56	039	0,6	9	0,69
	oprawa z projektu Zamawiającego	0,51	0,45	0,59	6	0,60
	Wymagania według normy	>0,50	>0,35	0,40	<15	>0,50
13. Bór od ST	oprawa z oferty odwołującego	031	0,45	0,46	8	0,79
	oprawa z projektu Zamawiającego	030	0,57	0,71	10	0,76
	Wymagania według normy	>0,30	>035	0,40	<15	nie określa
30. Janówka2	oprawa z oferty odwołującego	0,75	0,43	0,72	13	0,82
	oprawa z projektu Zamawiającego	0,75	0,53	0,61	10	0,76
	Wymagania według normy	>0,75	>0,40	0,60	<15	>0,50

Zdaniem Odwołującego, na podstawie przykładowych obliczeń przywołanych z oferty Odwołującego, uzyskane wyniki spełniają wymagania wynikające z obowiązującej normy PN-EN 13-201 i co więcej, przewyższają je. Jednak nie wszystkie wyniki z obliczeń z oferty Odwołującego dorównały wynikom z projektu Zamawiającego. I tak:

a) dla parametru Lm - wyniki z oferty Odwołującego są lepsze od wyników z projektu

Zamawiającego,

- b) dla parametru  $U_0$  - wyniki z oferty Odwołującego są gorsze od wyników z projektu Zamawiającego, ale znacznie większe niż wymóg z normy PN-EN 13-201,
- c) dla parametru UI - wyniki z oferty Odwołującego kształtują się różnie - raz są wyższe od wyników z projektu Zamawiającego, to znowu niższe w niektórych przypadkach, ale znacznie przewyższają wymóg z normy PN-EN 13-201,
- d) podobnie jest w przypadku parametru TI.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie podał żadnego przypadku nie spełnienia wymogu z normy PN-EN w obliczeniach z oferty Odwołującego, a więc wskazane wyżej przykłady mają odpowiednie odniesienie także do pozostałych obliczeń oferty Odwołującego.

Wobec powyższego, Zamawiający nie był uprawniony do żądania parametrów wyższych niż wynikające z obowiązujących norm, a także odrzucenia oferty z powodu niespełniania parametrów wyższych, bowiem w żaden sposób nie uzasadnił takiej potrzeby. Wykonawcy nie mogą być obarczani obowiązkiem oferowania produktów wyższej jakości niż wynikających ze standardów opisanych w normach, tylko dlatego, że Zamawiający tak postanowił w specyfikacji, a żądania swego w żaden sposób nie uzasadnił. W takim wypadku oferta, która spełnia wymagania obowiązujących norm winna być uznana za ofertę prawidłową. Wobec tego oferta Odwołującego została odrzucona w sposób nieuprawniony.

Odwołujący podniósł także, że Zamawiający w dokumentacji przetargowej nie podał znaków towarowych, patentów lub pochodzenia urządzeń. W załączniku 10A zawierającym wykonane przez Zamawiającego obliczenia fotometryczne nie została przywołana żadna oprawa, a użyte określenie: *oprawa drogowa*, nie identyfikuje żadnej konkretnej oprawy. Zamawiający w pkt 4.1. SIWZ dopuścił natomiast zastosowanie równoważnych materiałów i urządzeń w stosunku do zaprojektowanych – w takim wypadku Zamawiający błędnie dopuścił składanie ofert równoważnych, bowiem nie jest wiadomym do jakiego produktu oferta ma być równoważna.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy dopuszczenie równoważności wiąże się z koniecznością wskazania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Powyższe ma potwierdzenie orzecznictwie, przykładowo wyroku Zespołu Arbitrów z 1 sierpnia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/O-2162/06: *„Zamawiający błędnie wprowadził dopuszczalność składania ofert równoważnych, skoro nie podał znaków towarowych, patentów lub pochodzenia urządzeń (sprzętu). Taki zapis mógł wprowadzić potencjalnych wykonawców w błąd co do możliwości złożenia ofert wariantowych, co zama-*

wiający wyraźnie wykluczył” Ponadto w wyroku z 18 sierpnia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2290/06, Zespół Arbitrów wskazał, że: „Zamawiający w sposób niewłaściwy dopuścił możliwość składania ofert równoważnych. W myśl art. 29 ust. 3 Pzp., możliwość składania ofert równoważnych istnieje w przypadku, gdy Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń i jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia. Zamawiający w SIWZ nie określił żadnych minimalnych wymagań dla poszczególnych elementów, które pozwalałyby zakwalifikować produkt jako równoważny.” W utrwalonej linii orzecznictwa Zespołów Arbitrów, występuje pogląd, że dopuszczając oferty równoważne należy szczegółowo wskazać minimalne parametry, które pozwolą zakwalifikować produkt jako równoważny do wymaganego. Skoro Zamawiający nie wskazał szczegółowo wymagań, jak i parametrów równoważności, brak jest możliwości złożenia prawidłowych i porównywalnych ofert, a tym samym wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie podał znaków towarowych, patentów lub pochodzenia urządzeń, a przykładowe obliczenia zostały przez niego sporządzone na nieznaną, w żaden sposób nieokreśloną opowie drogowej. Jednocześnie Zamawiający z nieznanego powodu postawił wymagania dotyczące oferowanych przez wykonawców opraw na poziomie wyższym niż w obowiązującej PN-EN 13201. Nasuwa to uzasadnione podejrzenie, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem art 29 ust. 2 ustawy, czyli w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a w konsekwencji tego dokonał odrzucenia oferty Odwołującego z naruszeniem zasad wynikających z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1-3 ustawy. Wątpliwości w tym zakresie potwierdza także pytanie zadane Zamawiającemu w trakcie postępowania, w którym podniesione zostało, że nie ma możliwości sporządzenia równoważnego technicznie projektu, bowiem nie ma dwóch takich samych seryjnie produkowanych typów opraw oświetleniowych, o takiej samej charakterystyce rozkładu dystrybucji strumienia światła [charakterystyka ta jest jak odciski linii papilarnych - niepowtarzalna dla danej oprawy]. Odbłyśnik oprawy, układ optyczny jest niepowtarzalny dla każdego typu oprawy danego producenta, więc uzyskanie takich samych lub lepszych wyników w każdej kategorii parametrów oświetleniowych dla opraw produkowanych seryjnie jest niemożliwe - oprawy o porównywalnych parametrach technicznych mają zbliżone charakterystyki, ale żadna z nich nie jest w stanie powtórzyć wyników innej lub je przewyższyć w każdej kategorii. Takim zapisem zamawiający w sposób skuteczny uniemożliwił wykonawcom zastosowanie oprawy innej, (...). Dalej odnosząc się do zawartych w załączniku 10A przez Zamawiającego przykładowych obliczeń fotometrycznych wskazano w pytaniu, że: otrzymane wyniki przyporządkowane są wyłącznie tylko do jednej oprawy. Projekt równoważny powinien spełniać wymogi obowiązującej normy oświetlenia dróg publicznych PN-EN 13-201, gdyż to ona właśnie jest narzędziem do oceny, czy dana



oprawa jest możliwa do zastosowania przy istniejącej geometrii i klasy drogi, przy zachowaniu określonych parametrów technicznych oprawy opisanych w STWiOR.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający poprzez postawione żądanie spełnienia parametrów bliżej nieokreślonej *oprawy drogowej*, zamiast parametrów obowiązującej normy PN- EN 13201, naruszył konkurencję. Wyeliminował w ten sposób czołowych producentów opraw drogowych takich jak: Philips Lighting, Schreder, ES-System, Rosa, Lena Lighting, GE i in., których oprawy spełniają wymagania obowiązującej normy PN-EN 13201, lecz nie spełniają wymagań określonych przez Zamawiającego. Konsekwencją tego naruszenia było odrzucenie oferty Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że wymagania określone przez niego w załączniku 10A są niemożliwe do spełnienia przez oprawę inną, niż oprawa drogowa, na której Zamawiający dokonał przykładowych obliczeń. Odchyłki w wynikach komputerowych obliczeń na oprawach innych producentów są niezauważalne dla ludzkiego oka, ponadto nie ma stuprocentowej pewności uzyskania wyników pomiaru takich samych, jak w obliczeniach komputerowych, w trakcie realizacji zadania dla żadnej oprawy. Symulacja komputerowa zakłada istnienie układu stabilnego i niezmiennego, podczas gdy w rzeczywistości choćby istniejące słupy posadowione są w niejednakowych odległościach od drogi i wzdłuż całej ulicy. Tłumacząc to na przykładzie z projektu Zamawiającego [obliczenia dla 2.Białobrzegi od ST w k-ku Białegostoku], żadna z porównywalnych, a dostępnych na polskim rynku opraw oświetleniowych, nie jest w stanie powtórzyć lub uzyskać lepszych wyników, jak te wymienione dla przywołanej drogi. Świadczy o tym tabela, obrazująca wskazany fakt.

Sytuacja oświetleniowa	Odniesienie/typ oprawy/producent	Zestawienie wyników				
		Lm [cd/m2]	Uo	UI	TI [%]	SR
2. Białobrzegi od ST w k-ku Białegostoku	oprawa SGP340 Philips	0,88	0,58	0,64	10	0,65*
	oprawa SGS253 Philips	0,90	0,70	0,76	12*	0,67*
	oprawa Ambar Schreder	0,78	0,48	0,62	10	0,69*
	oprawa Boyen ES-System	0,76	0,41*	0,71		0,73
	oprawa SL ES-System	0,78	0,41*	0,63	9	0,64*
	<b>oprawa z projektu</b>	0,75	0,44	0,62	10	0,7
	<b>Wymagania według normy</b>	>_0,75	>_0,40	>_0,60	<_15	>_ 0,50

\* - brak spełnienia parametru lepsze bądź takie same jak w projekcie Zamawiającego.

Odwołujący przeprowadził obliczenia w programie komputerowym dla powyższych opraw, które obrazują różnice w poszczególnych parametrach dla różnych opraw różnych producentów. Parametry różnią się raz na plus, raz na minus w stosunku do oprawy z projektu, ale wszystkie spełniają wymóg normy PN-EN 13-201. Obliczenia potwierdziły, że żadna z powyższych opraw nie jest w stanie spełnić wymogu Zamawiającego w uzyskaniu wyników równych lub lepszych niż w jego projekcie. Dodatkowo różnice w otrzymanych wynikach dla różnych opraw są niezauważalne dla ludzkiego oka, więc zastosowanie którejkolwiek z tych opraw spełni wymagania normy PN-EN 13-201, według której powinny być sporządzone projekty równoważne. Zdaniem Odwołującego. Zamawiający oraz projektant z pewnością są świadomi, że jeżeli stawia się wymóg uzyskania parametrów takich samych lub lepszych niż w projekcie, obowiązkowym jest wprowadzenie tolerancji dla poszczególnych parametrów, które pozwolą i umożliwią powstanie projektów równoważnych. Tego w tym przypadku nie zrobiono i dlatego naruszona została konkurencja. Powoduje to, że masowo zainstalowane do tej pory na terenie całej Polski [setki tysięcy sztuk] opraw Philipsa, ES-System czy Thoma, nie odpowiadają parametrom obecnie wskazanych przez Zamawiającego, a odpowiadają i niekiedy przewyższają parametry obowiązującej normy PN-EN 13-201.

Wobec powyższego Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego naruszył tym samym zakaz ograniczania konkurencji. Zamawiający w sposób nieuprawniony ograniczył krąg potencjalnych wykonawców, czym utrudnił uczciwą konkurencję.

**IV. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.**

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

#### **I. PRZESŁANKI DO ODRZUCENIA ODWOŁANIA**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza z urzędu bada podstawy do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy. Na gruncie analizowanej sprawy Odwołujący postawił zarzuty oraz uzasadniającą je argumentację, osadzone w treści przepisów, które odnoszą się do sposobu kształtowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], co dotyczy naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 29 i 30 ustawy. Przepisy art. 29 oraz art. 30 ustawy dotyczą etapu kształtowania SIWZ, co na obecnym etapie nie podlega badaniu [art. 180 ust. 2, art. 182 ust. 2 ustawy].

Zatem, zarzuty, w części, w jakiej wskazują na wadę postępowania w postaci niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia [odnoszące się wprost – jak wynika z treści odwołania do naruszenia art. 29 oraz art. 30 ustawy], dotyczą treści SIWZ i nie mogą być podnoszone w postępowaniu „podprogowym”. Zgodnie bowiem z treścią art. 189 ust. 2 pkt 6) ustawy, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy. W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy wskazano natomiast, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czterech kategorii czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Ustawodawca zatem, w postępowaniach o zamówienie publiczne o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, ograniczył możliwość kwestionowania czynności i zaniechań zamawiającego do czterech, wymienionych wyżej kategorii zagadnień. Dwie pierwsze z tych kategorii (wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu) wiążą się z brzmieniem ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Pozostałe dwie dotyczą dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty wykonawcy odwołującego się, której wynikiem jest wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia lub odrzucenie jego oferty.

Biorąc przy tym pod uwagę fakt, że odwołanie skierowane jest wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego, to podlega ono rozpatrzeniu w takim zakresie, jaki jest dopuszczalny, to jest w części, w której Odwołujący zwalcza podstawę tej czynności. Nie mogły zaś być brane pod uwagę te zarzuty, które odnoszą się do czynności, co do których ustawodawca wyłączył możliwość wniesienia odwołania, to jest skierowane wobec opisu przedmiotu zamówienia [art. 180 ust. 2 ustawy] lub są spóźnione, z tego względu, że dotyczą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [art. 182 ust. 2 ustawy].

## **II. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody

w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów Odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia.

### **III. ROZSTRZYGNIECIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA**

#### **Odwołanie nie mogło być uwzględnione.**

Na wstępie podkreślenia wymaga kilka zasadniczych uwag, wyznaczających zakres rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Pierwsza – że Krajowa Izba Odwoławcza przy rozpatrywaniu odwołania jest związana zakresem zarzutów podniesionych w odwołaniu, nie jest zatem dopuszczalna rozszerzająca analiza kwestii i zagadnień, które w odwołaniu nie zostały zakwestionowane. Krajowa Izba Odwoławcza, w myśl art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Konsekwentnie, Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzyga o żądaniach stanowiących odzwierciedlenie zarzutów kierowanych wobec kwestionowanej czynności. Nie jest zatem dopuszczalnym wyjście poza zakres kwestionowanej czynności i postawionych wobec niej zarzutów. Na powyższe zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: *„W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać związane przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej.”*

Druga – ustawodawca, w postępowaniach dotyczących wartości zamówienia nie przekraczającej wartości, od których uzależniony jest obowiązek przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, ograniczył możliwość kwestionowania czynności i zaniechań zamawiającego, do katalogu określonego w art. 180 ust. 2 ustawy. Nie mogą więc podlegać rozpoznaniu w postępowaniu odwoławczym te zarzuty, które dotyczą czynności innych, niż te, co do których przysługuje odwołanie, to jest

ujętych w katalogu zawartym w art. 180 ust. 2 ustawy. Zarzuty te bowiem dotyczą czynności, co do których odwołanie podlega odrzuceniu, w myśl art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy.

Analiza treści odwołania wyraźnie wskazuje, iż zasadnicza część argumentacji dotyczy czynności, wobec których ustawodawca wyłączył prawo zaskarżenia decyzji zamawiającego. Odnosi się to do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 29 ust. 1 -3 i 30 ust. 1-4 i ust. 6 ustawy. Jakkolwiek bowiem Odwołujący upatruje naruszenia tych przepisów w fakcie „niezasadnego i niezgodnego z prawem odrzucenia oferty Odwołującego”, to argumentacja, jaka została podniesiona w odwołaniu wskazuje wyraźnie, że w ramach czynności odrzucenia oferty Odwołującego kwestionowane są czynności związane z przygotowaniem postępowania, to jest dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia.

Nie mogły więc być brane pod uwagę zastrzeżenia zawarte w odwołaniu, zgodnie z którymi Zamawiający opisując przedmiot zamówienia nie odniósł się do obowiązujących w tym zakresie norm, lecz wymagał spełnienia przez wykonawców wymagań wyższych niż wskazane w obowiązujących normach, bez uzasadnienia dlaczego, co stanowi naruszenie art. 30 ustawy, a także że Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił potrzeby otrzymania urządzeń o wyższych parametrach niż wskazane w obowiązujących normach. Podobnie, dotyczy opisu przedmiotu zamówienia argumentacja, zgodnie z którą Zamawiający nie był uprawniony do żądania parametrów wyższych niż wynikających z obowiązujących norm, a także odrzucenia oferty z powodu niespełniania parametrów wyższych, bowiem w żaden sposób nie uzasadnił takiej potrzeby, a także że wykonawcy nie mogą być obarczeni obowiązkiem oferowania produktów wyższej jakości niż wynikających ze standardów opisanych w normach, tylko dlatego, że Zamawiający tak postanowił w specyfikacji, a żądania swego w żaden sposób nie uzasadnił. W analogiczny sposób należy ocenić dalszą argumentację odwołania, zgodnie z którą Zamawiający w dokumentacji przetargowej nie podał znaków towarowych, patentów lub pochodzenia urządzeń, zaś w załączniku 10A zawierającym wykonane przez Zamawiającego obliczenia fotometryczne nie została przywołana żadna oprawa, a użyte określenie: *oprawa drogowa*, nie identyfikuje żadnej konkretnej oprawy, podczas gdy Zamawiający w pkt 4.1. SIWZ dopuścił zastosowanie równoważnych materiałów i urządzeń w stosunku do zaprojektowanych, w takim wypadku Zamawiający błędnie dopuścił składanie ofert równoważnych, bowiem nie jest wiadomym do jakiego produktu oferta ma być równoważna. Wskazywane w odwołaniu *„uzasadnione podejrzenie, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem art 29 ust. 2 ustawy, czyli w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a w konsekwencji tego dokonał odrzucenia oferty Odwołującego z naruszeniem zasad wynikających z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1-3 ustawy”* odnosi się również do opisu przedmiotu zamówienia. Podobnie jest

z tezą, że wymagania określone przez niego w załączniku 10A są niemożliwe do spełnienia przez oprawę inną, niż oprawa drogowa, na której Zamawiający dokonał przykładowych obliczeń, a także, że żadna z porównywalnych, a dostępnych na polskim rynku opraw oświetleniowych, nie jest w stanie powtórzyć lub uzyskać lepszych wyników, jak te wymienione dla przywołanej w załączniku 10A drogi, w tym, że masowo zainstalowane do tej pory na terenie całej Polski [setki tysięcy sztuk] opraw Philipsa, ES-System czy Thoma, nie odpowiadają parametrom obecnie wskazanych przez Zamawiającego, a odpowiadają i niekiedy przewyższają parametry obowiązującej normy PN-EN 13-201.

Wszystkie te tezy i zarzuty zmierzają do zakwestionowania treści SIWZ, wskazując wyraźnie na niedoskonałości opisu przedmiotu zamówienia.

Wskazywane w tej mierze przepisy art. 29 ust. 1-3 oraz art. 30 ust. 1-4 oraz 6 ustawy odnoszą się do ukształtowania w SIWZ zamawianego przedmiotu - opisu przedmiotu zamówienia, co potwierdza umiejscowienie ich w tej części ustawy, która stanowi o przygotowaniu postępowania [Dział I, rozdział 2 ustawy]. Tymczasem opis przedmiotu zamówienia został ukształtowany w sposób definitywny z momentem ustalenia treści SIWZ, a z całą pewnością nie można mu nadawać innego znaczenia, aniżeli wynikające z treści SIWZ, po złożeniu ofert. Ponadto, w analizowanej sytuacji, czynność opisu przedmiotu zamówienia nie może podlegać ingerencji w ramach środków ochrony prawnej. Z powodu braku tego typu czynności, jakim jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w katalogu enumeratywnie wymienionych czynności, zawartym w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2, ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie opisu przedmiotu zamówienia. Środki ochrony prawnej nie są dopuszczone w postępowaniu „podprogowym” w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia – zastosowania lub nie określonych norm do tego opisu, czy też wymagania parametrów wyższych aniżeli wynikające z tych norm, jak również analizy powodów, dla których Zamawiający zdecydował się na postawienie wyższych wymogów niż wynikające z norm. W takim wypadku ustawodawca, nie dopuszczając możliwości wnoszenia środków ochrony prawnej na czynność przykładowo opisu przedmiotu zamówienia, wprowadził możliwość wystąpienia przez wykonawcę z do zamawiającego z informacją o niezgodnej z przepisami czynności lub zaniechaniu, co do których nie przysługuje odwołanie [art. 181 ustawy]. Odwołujący nie korzystał z tej instytucji w postępowaniu.

Także podniesiony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w okolicznościach analizowanej sprawy odnosi się do czynności związanych z przygotowaniem postępowania.

Trzecią kwestią jest, że na etapie oceny ofert, zarówno zamawiający jak i Krajowa Izba Odwoławcza w okolicznościach dokonywanej w ramach wniesionego środka ochrony prawnej kontroli działań i zaniechań zamawiającego, są związani brzmieniem ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia: określonymi w tych dokumentach zasadami i warunkami postawionymi przez zamawiającego na użytek danego postępowania. Kształt brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na obecnym etapie postępowania nie może być kwestionowany. Nie sposób aktualnie, na obecnym etapie postępowania skutecznie kwestionować brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia. Nie jest to również dopuszczalne pośrednio, poprzez postawienie zarzutów skierowanych wobec czynności odrzucenia oferty wykonawcy [art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy], których uzasadnieniem ma być kwestionowanie postanowień SIWZ jako ukształtowanych w sposób niezgodny z przepisami [z pominięciem odpowiednich norm, poprzez postawienie wymagań wyższych niż wynikające z norm, dyskryminacyjnych, czy niewyartykułowanie sposobu rozumienia możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych]. Powyższe stanowiłoby bowiem o „obejściu” przepisów wskazujących na dopuszczalny zakres rozpoznania w postępowaniu „podprogowym”, jak również – poprzez nadanie innego znaczenia postanowieniom SIWZ - dopuściłoby sytuację możliwości badania SIWZ po upływie terminów, w tym po otwarciu ofert.

W okolicznościach analizowanej sprawy, postanowienia SIWZ zostały w sposób definitywny i wiążący dla uczestników postępowania ukształtowane, zatem na obecnym etapie, dla oceny kwestionowanych w odwołaniu czynności i zaniechań Zamawiającego, konieczne jest branie pod uwagę treści tego dokumentu w brzmieniu, jaki został ustalony na dzień składania ofert. Brak jest bowiem podstaw do rewizji tego dokumentu, przyjmowania odmiennego znaczenia jego postanowień wbrew ostatecznie ukształtowanej, niezakwestionowanej we właściwym trybie treści. Takiej rewizji nie wywołuje w szczególności, wyartykułowany w toku postępowania wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ, zawierający zarazem zastrzeżenie, że opis przedmiotu został dokonany nieprawidłowo i że został nakierowany na wybór jednego tylko produktu.

Tym samym, ocenie w postępowaniu odwoławczym podlega czynność Zamawiającego, dokonana w oparciu o takie dokumenty i informacje, jakimi dysponowano w tym postępowaniu, to jest w oparciu o SIWZ, opracowaną na użytek tego postępowania.

Z tych powodów, nie mogły być także brane pod uwagę złożone przez Zamawiającego pomiary fotometryczne opracowane dla innego produktu. Dotyczą one w zasadniczej mierze oceny treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jej

poprawności, to jest, czy przedmiot zamówienia został opisany w sposób naruszający uczciwą konkurencję, w tym czy są inne produkty spełniające wymagania stawiane przez Zamawiającego, co na obecnym etapie jest niedopuszczalne, zaś specyfikacja jest wiążąca. Nadto, biorąc pod uwagę, że przedmiotowe postępowanie dotyczy przedmiotu zamówienia nie przekraczającego progów, od których ustawa uzależnia obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, w myśl art. 180 ust. 2 ustawy, w powyższym zakresie w ogóle nie przysługuje odwołanie.

Poddając zatem analizie kwestionowaną w odwołaniu – wyznaczoną podniesionymi zarzutami oraz dopuszczalnym zakresem rozpoznania w „postępowaniu podprogowym” [art. 1980 ust. 2 ustawy], czynność odrzucenia oferty Odwołującego, podkreślenia wymaga, że zbadanie poprawności decyzji Zamawiającego w tym przedmiocie sprowadzać się musi do zestawienia wymagań wobec przedmiotu zamówienia postawionych w treści SIWZ z treścią złożonej oferty. Nie jest przy tym dopuszczalna jakakolwiek interpretacji SIWZ wbrew wyraźnej treści tego dokumentu.

Z SIWZ [pkt 4 ust. 13] wynika natomiast, że: *„13. Zamawiający wykonał obliczenia fotometryczne (załącznik nr 10A) dla charakterystycznych odcinków dróg. W związku z tym Zamawiający, żąda od Wykonawców spełnienia niżej wymienionych warunków, co musi zostać wykazane w złożonej ofercie:*

*14.1. Dla potwierdzenia, że oferowane oprawy oświetlenia ulicznego będą spełniać wymagania oświetleniowe zawarte w załączonych obliczeniach fotometrycznych i zgodne z normą PN-EN 13201 do oferty należy załączyć obliczenia fotometryczne dla proponowanych opraw. Obliczenia należy wykonać dla wszystkich charakterystycznych odcinków dróg zgodnie z załączonymi w załączniku nr 10A do SIWZ, przykładowymi obliczeniami. Obliczenia muszą potwierdzać, że proponowane oprawy zapewniają nie gorsze parametry oświetleniowe niż te zaproponowane w obliczeniach przykładowych z załącznika nr 10A.*

*Obliczenia muszą być wykonane zgodnie z obliczeniami przykładowymi tzn. mają zawierać wszystkie parametry jakie zawierają obliczenia przykładowe i mają być wykonane na podstawie tych samych danych tj. szerokość drogi, wysokość zawieszenia oprawy, wysunięcie oprawy nad jezdnię, odstęp między oprawami, strumień źródła światła itd.*

*14.2. Dla potwierdzenia, że obliczenia zostały wykonane prawidłowo, Wykonawca do swojej oferty dołączy dane techniczne rozsyłu światła opraw oświetleniowych tj. całej bryły światłości w formie elektronicznej bazy danych (np. plików LDT) umożliwiającym na ich podstawie dokonanie wyliczeń parametrów oświetleniowych drogi w ogólnie dostępnym*



*programie komputerowym do wspomaganie obliczeń (np. RELUX, DIALUX lub inny). Dotyczy to wyłącznie oprav wymienionych w ofercie przetargowej.”*

*Dodatkowo, w pkt 4 ust. 1 SIWZ, Zamawiający podał, że „Jeśli w dokumentacji projektowej zostały wskazane znaki towarowe, patenty oraz pochodzenie urządzeń i materiałów należy je traktować, jako propozycję projektanta. Zamawiający dopuszcza zastosowanie równoważnych materiałów i urządzeń w stosunku do zaprojektowanych z zachowaniem tych samych lub lepszych standardów technicznych i jakościowych”.*

Poddając analizie brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także istotne dla oceny spornej kwestii wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zasadnym jawi się wniosek, że Zamawiający postawił określone, wyszczególnione w 74 punktach parametry oprav lamp drogowych i tym wymaganiom musi odpowiadać przedmiot oferowany w postępowaniu. Zamawiający nie uczynił bowiem wymagania, by oferowane oprawy lamp odpowiadały określonej normie alternatywnym do wyszczególnionego katalogu jednostkowych oczekiwania, ale – jak wynika z treści pkt 4 ust. 14.1 SIWZ - oferowane oprawy oświetlenia ulicznego miały być zgodne z normą PN-EN 13201 a zarazem obliczenia musiały potwierdzać, że *„proponowane oprawy zapewniają nie gorsze parametry oświetleniowe niż te zaproponowane w obliczeniach przykładowych z załącznika nr 10A.”*. Oznacza to tyle, że oferowany przedmiot musiał spełniać zarówno wymagania wynikające z normy PN-EN 13201 jak i mieć parametry nie gorsze niż wymienione w załączniku 10A. Wynika to wyraźnie z pkt 4 ust. 13 SIWZ, gdzie na wstępie podano: *„Dla potwierdzenia, że oferowane oprawy oświetlenia ulicznego będą spełniać wymagania oświetleniowe zawarte w załączonych obliczeniach fotometrycznych i zgodne z normą PN-EN 13201 (...)”*.

Tym samym, Zamawiający nie dopuścił w analizowanym wypadku oprav lamp drogowych, które osiągną określoną funkcjonalność – wskazany efekt oświetleniowy, niezależnie od sposobu dojścia do takiego rezultatu, ale określił przedmiot zamówienia poprzez postawienie wymagania spełnienia warunków opisanych w normie PN-EN 13201 oraz wskazanie 74 parametrów, które musiały być spełnione w narzuconej wielkości lub w wyższym stopniu. Taka treść SIWZ, opisana w załączniku 10A nie pozwala na dopuszczenie w ramach możliwości zaoferowania przedmiotu równoważnego oprav lamp o parametrach niższych, niż podane przez Zamawiającego w załączniku 10 A.

Treść SIWZ nie pozwala także na przyjęcie, że Zamawiający wymagał jedynie spełnienia przez oferowane oprawy wymagań stawianych treścią normy PN-EN 13201. Gdyby tak było, nie miałyby żadnego znaczenia podanie dalszych wymagań, to jest

odesłanie do katalogu szczegółowych parametrów oprav, zamieszczonego w załączniku 10A. Wstępna część pkt 4 ust. 13 SIWZ wyraźnie wskazuje, że wymaganie dotyczące normy PN-EN 13201 jak i wymaganie spełnienia parametrów ujętych w załączniku 10 A są od siebie niezależne i obowiązkiem wykonawców było zaoferowanie przedmiotu, który spełni oba wymagania.

Bezspornym jest, że oferowane przez Odwołującego oprawy lamp nie spełniają wymagań wymienionych w załączniku 10A do SIWZ, a co za tym idzie są niezgodne z SIWZ. W tych okolicznościach nie sposób uznać, że czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego była bezpodstawną.

Nie zmienia tej oceny fakt, że Zamawiający nie podał podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego, jaką jest przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Na podstawie uzasadnienia faktycznego czynności Zamawiającego Odwołujący uzyskał wystarczającą wiedzę o przyczynach odrzucenia Jego oferty, pozwalającą mu na podjęcie właściwie ukierunkowanej obrony swoich interesów w tym postępowaniu, co też uczynił wnosząc odwołanie i akcentując, właściwie odczytaną podstawę czynności Zamawiającego. Tym samym należało uznać, iż zakres informacyjny uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego pozwolił Odwołującemu prowadzić rzeczową polemikę z argumentami, które przemawiały za odrzuceniem jego oferty. Mimo to, dostrzeżenia wymaga, że rzeczą Zamawiającego jest wskazać podstawę prawną dokonywanych czynności – zgodnie z treścią art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, m.in. o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności. Powyższe uchybienie, nie tylko nie zostało objęte zakresem odwołania, ale pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* [Dz.U. Nr 41 poz. 238].

**Przewodniczący:**