

WYROK

z dnia 5 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie **1 września 2022 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **22 sierpnia 2022 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **SPIE ELBUD GDAŃSK S.A. z siedzibą w Gdańsku** [„Odwołujący”]

w postępowaniu pn. *Modernizacja i rozwój sieci oświetlenia ulicznego w Gminie Olecko* (GKO.271.1.2021)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Olecko** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: **LUG Services sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

1. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) odpowiadającą uzasadnionym kosztom poniesionym z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Uzasadnienie

Gmina Olecko {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”, „ustawa Pzp”, „Pzp”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Modernizacja i rozwój sieci oświetlenia ulicznego w Gminie Olecko* (GKO.271.1.2021).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 29 kwietnia 2022 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00141410/01.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

17 sierpnia 2022 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu powyższego postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez LUG Services sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze {dalej również: „LUG” lub „Przystępujący”} oraz odrzuceniu wszystkich pozostałych złożonych ofert.

22 sierpnia 2022 r. SPIE ELBUD GDAŃSK S.A. z siedzibą w Gdańsku {dalej również: „Elbud” lub „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty LUG, a w konsekwencji zaniechania unieważnienia prowadzonego postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 – przez zaniechanie odrzucenia oferty LUG, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w Specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ”}, i w konsekwencji prowadzenie postępowania niezgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
2. Art. 239 ust. 1 – przez wybór oferty LUG, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty LUG.
4. Unieważnienia postępowania o udzielenie tego zamówienia.

Odwołujący sprecyzował główny zarzut w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{okoliczności faktyczne}

Z uzasadnienia odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne.

Zgodnie z pkt 1.1. rozdziału 1. SWZ pn. Opis przedmiotu zamówienia przedmiotem tego zamówienia są roboty budowlane, w tym m.in. wymiana istniejących wyeksploatowanych i nieefektywnych opraw wysokoprężnych na nowoczesne oprawy ze źródłami światła typu LED. Przy czym w pkt 1.4 tego rozdziału SWZ odesłano do Programu funkcjonalno-użytkowego {dalej: „PFU”} (załącznik nr 2 do SWZ) oraz Tabeli 1 – Dobór mocy urządzeń (załącznik nr 1 do SWZ) jako zawierających szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.

W szczególności z PFU wynika, że:

- wszystkie stosowane elementy muszą posiadać odpowiednie atesty i certyfikaty dopuszczające do ich stosowania [pkt 3.2.];
- zgodnie z ogólnymi wymaganiami techniczno-funkcjonalnymi cały osprzęt oświetleniowy (źródło światła, oprawa oświetleniowa, układ zasilający, układ kontrolno-sterujący) musi posiadać ważne certyfikaty, pełne karty katalogowe, zawierające wszelkie informacje techniczne o produkcie, i inne dokumenty potwierdzające parametry oraz zgodność z obowiązującymi normami [pkt 3.3.];
- oprawy oświetleniowe muszą być wykonane jako oprawy oświetlenia zewnętrznego, zgodnie z opisami podanymi w tabeli oznaczonej zamieszczonej w pkt 3.4.1. – Wymagania dotyczące opraw oświetleniowych oświetlenia ulicznego [pkt 3.4.];
- zaoferowana oprawa musi posiadać deklarację CE, certyfikat ENEC lub równoważny oraz certyfikat ENEC PLUS równoważny, na potwierdzenie czego do oferty należało dołączyć takie dokumenty [poz. 17. tabeli z pkt 3.4.1.].

W pkt 12.1 rozdziału 12 SWZ wskazano m.in., że na ofertę składają się:

- wypełniony formularz „Oferta”, który należy sporządzić ściśle wg wzoru formularza stanowiącego zał. nr 3 do SWZ [ppkt 1])
- wypełniony arkusz „Tabela” zamieszczony w Tabeli opraw oświetleniowych stanowiącej zał. nr 2 do PFU (przy czym zastrzeżono, że niedołączenie do oferty tego wypełnionego arkusza spowoduje jej odrzucenie) [ppkt 2])
- przedmiotowe środki dowodowe – na potwierdzenie spełnienia wymagań dotyczących parametrów technicznych określonych w tabelach PFU dla opraw ulicznych, opraw parkowych, opraw ozdobnych, systemu sterowania [ppkt 7]):
 - a) obliczenia fotometryczne, przeprowadzone zgodnie z „Instrukcją” zamieszczoną w załączniku nr 2 do PFU – Tabela opraw oświetleniowych, wraz z użytymi w obliczeniach plikami fotometrycznymi,
 - b) deklaracja CE, certyfikaty ENEC, ENEC+ opraw ulicznych lub certyfikaty równoważne.

LUG złożył ofertę, w której – jak wynika z arkusza „Dobór mocy urządzeń” i obliczeń fotometrycznych – zaoferował oprawy uliczne URBINO LED z optykami: 033, 060, MK-09,

MK-23; złożył także certyfikat ENEC dotyczący opraw URBINO LED.

8 czerwca 2022 r. Zamawiający na podstawie art. 107 ust. 2 pzp wezwał LUG do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, m.in. do złożenia zgodnie z PFU listy komponentów certyfikatu ENEC, potwierdzającej spełnienie wszystkich elementów wymogu PFU: *Oprawy muszą być wyposażone w zasilacz umożliwiający integrację systemu indywidualnego zarządzania pracą każdej oprawy sterowany cyfrowo sygnałem DALI lub 1-10V. Konstrukcja oprawy i wyposażenie musi zapewnić możliwość podłączenia oprawy do zdalnego systemu sterowania. Oprawa musi być wyposażona gniazdo w otwartym standardzie NEMA kod ANSI C136.41 lub Zhaga D4i.*

W zakreślonym terminie 13 czerwca 2022 r. LUG przesłał Zamawiającemu m.in. listę komponentów certyfikatu ENEC, tj. plik „1d_appendix to ENEC URBINO LED cl. II” oraz jego tłumaczenie, tj. plik „1d_zalacznik do ENEC URBINO LED cl. II – tłumaczenie”.

[W odwołaniu wklejono str. 2. z 30. tego dokumentu, co następująco skomentowano: *Powyższy fragment Certyfikatu tylko potwierdza, że zaoferowane oprawy URBINO LED wyposażone w optyki MK-09 i MK-23 nie są objęte certyfikacją.*]

LUG nie przedstawił także szczegółowo zakresu, jaki obejmuje złożony w ofercie certyfikat ENEC+.

Zamawiający nie domagał się od LUG wyjaśnień w zakresie certyfikatu ENEC+.

17 sierpnia 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez LUG oraz o odrzuceniu ofert pozostałych wykonawców.

W szczególności Zamawiający poinformował o odrzuceniu:

- na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp – ofert Elbudu oraz Sappo spółki cywilnej, gdyż oferowane przez nich oprawy oświetleniowe nie spełniają wymagań dotyczących odpowiedniej certyfikacji, wskazanych w pkt 3.4.1. poz. nr 17 PFU, tj. posiadają wydajność świetlną wyższą niż maksymalna wydajność świetlna podana w załączonym do oferty certyfikacie ENEC+;
- na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c pzp – oferty Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego „MADO” A M.

{okoliczności prawne}

Zgodnie z definicją przedmiotowych środków dowodowych zawartą w art. 7 pkt 20 pzp przez przedmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Jak wskazano w uzasadnieniach wyroków Krajowej Izby Odwoławczej:

- ...przez pojęcie „treść oferty” należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań

zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Treść oferty to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polega z kolei na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego. [wyrok z 4 września 2022 r. sygn. akt KIO 1796/20]

- (...) Zbadanie zgodności oferty z SWZ jest jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest do wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert, ale także, a może przede wszystkim, oferty w pełni odpowiadającej potrzebom Zamawiającego odzwierciedlonym w opisie przedmiotu zamówienia. Jeżeli z oświadczenia woli Wykonawcy złożonego w formularzu ofertowym wynika, że nie proponuje on realizacji zamówienia w sposób zgodny z potrzebami Zamawiającego, to treść takiej oferty nie odpowiada treści SIWZ. [wyrok z 12 lipca 2018 r. sygn. akt KIO 1269/18]

- (...) Czym inny jest badanie ofert składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod kątem ich zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której Zamawiający precyzuje swoje oczekiwania co do przedmiotu zamówienia, a czym innym ocena ofert w ramach ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert, których celem jest wybór oferty najlepszej. Żeby można było mówić o ofercie najkorzystniejszej, bez wątplenia w pierwszej kolejności niezbędnym jest ustalenie, czy spełnia ona postawione przez Zamawiającego wymogi co do przedmiotu zamówienia wynikające ze specyfikacji. [wyrok z 7 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 148/18]

W sprawie C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser v. Manova A/S (i w przytoczonym w uzasadnieniu orzecznictwie) TSUE stwierdził: *Zasada równego traktowania wykonawców wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione.*

Odnośnie zasady równego traktowania podobne stanowisko zajmuje Krajowa Izba Odwoławcza, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 21 listopada 2013 r. sygn. akt KIO 2595/13 wskazano, że *zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe*

traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji.

M. Jaworska w „Komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych” (2022) wskazuje kolejne orzeczenia Trybunału, w których stwierdzono m.in., że *zasada równego traktowania oraz powiązany z nią obowiązek przejrzystości i niedyskryminacji wymagają jednakowego traktowania przez instytucję zamawiającą oferentów pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań (dotyczących warunków podmiotowych oraz odnoszących się do przedmiotu zamówienia), a także stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełnienia. Oznacza to, że zamawiający mają obowiązek zapewnienia wykonawcom takich samych szans zarówno na etapie formułowania wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny (por. wyr. TSUE: z 7.4.2016 r. w sprawie C-324/14, PARTNER A. D. v. Zarząd Oczyszczania Miasta, EU:C:2016:214; z 24.5.2016 r. w sprawie C-396/14, MT Højgaard A/S i Züblin A/S v. Banedanmark; z 16.12.2008 r. w sprawie C-213/07, Michaniki AE v. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias, EU:C:2008:731).*

{subsumpcja}

W tych okolicznościach odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak na wstępie odwołania, stwierdzając, że zaoferowane przez LUG oprawy uliczne URBINO LED nie są w całości objęte wymaganym w SWZ certyfikatem, gdyż złożony certyfikat ENEC wraz z listą komponentów nie potwierdzają jako przedmiotowy środek dowodowy zgodności oferowanych opraw ulicznych wyposażonych w optyki MK-09 i MK-23 z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, tj. oprawy te nie są wykonane zgodnie z opisem podanym w pkt 3.4.1. poz. 17. PFU.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 pzp, a zgłoszony w tym zakresie na posiedzeniu wniosek Zamawiającego uznano za oczywiście niezasadny, tym bardziej że dotyczył w istocie kwestii braku po stronie Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący potrzywał swoje stanowisko i argumentację, natomiast Zamawiający i Przystępujący wniesli o oddalenie odwołania.

Według Zamawiającego odwołanie jest niezasadne, gdyż Przystępujący złożył

w wymaganym zakresie dokumenty przedmiotowe, w tym certyfikat ENEC z załącznikami. Przede wszystkim certyfikat ten dotyczy potwierdzenia zgodności parametrów elektrycznych, elektromagnetycznych i mechanicznych danego produktu z wymaganiami w tym zakresie odnośnych norm. Natomiast nie są przedmiotem tych norm, a tym samym przedmiotem certyfikacji, parametry oświetleniowe.

Pewne zasadnicze parametry oświetleniowe są natomiast potwierdzane certyfikatem ENEC+, z tym że Zamawiający świadomie w tym postępowaniu, o ile żądał załącznika do certyfikatu ENEC, o tyle nie żądał tego załącznika dla certyfikatu ENEC+. Przy czym ten ostatni służy weryfikacji parametrów, które nie są przedmiotem sporu w tej sprawie. Nawet zakresem certyfikacji ENEC+ nie są objęte bowiem parametry fotometryczne rozsyłu światła, a jedynie parametry związane z wydajnością świecenia. Stąd Zamawiający badał spełnianie parametrów przez oferowane optyki na podstawie plików fotometrycznych w ściśle określonym formacie (elumat), przy czym udostępniono tabelę weryfikacyjną, co jest objęte zał. nr. 1 do SWZ – Dobór mocy urządzeń. Jednocześnie Zamawiający na wypadek powzięcia wątpliwości zastrzegł sobie na odrębne wezwanie przedstawienie raportu z badań fotometrycznych, na podstawie których został utworzony dany plik.

Z tego powodu nie ma znaczenia, że na liście optyk ze str. 1. i 2. zał. do certyfikatu ENEC w pkt 8. objaśnienia sposobu oznaczania wyrobu nie ma optyk MK09 i MK23. Co więcej, w załączniku do certyfikatu wymieniono w dwóch grupach, pod literami A i B, listę komponentów składających się na wyrób certyfikowany w różnych jego wariantach. Wspomniana optyka nie jest komponentem wymienionym ani pod literą A, ani pod literą B. Na wstępie załącznika wymieniono typowe optyki, co nie oznacza, że zastosowanie w produkcie certyfikowanym z uwagi na użycie w nim wspomnianych powyżej komponentów innych optyk, dostosowanych do potrzeb odbiorcy lub wytworzonych dzięki postępowi technicznemu, powoduje, że przestaje on być objęty tym certyfikatem.

Reasumując, z punktu widzenia potwierdzenia wymagań zamówienia bez znaczenia jest niewymienienie tych dwóch optyk we wspomnianym miejscu załącznika do certyfikatu ENEC. Nie oznacza to, że zastosowanie tych optyk niejako unieważnia certyfikat w odniesieniu do zaoferowanych opraw. Zwraca w tym kontekście uwagę na kartę techniczną złożoną w odniesieniu do opraw Urbino zaoferowanych na potrzeby zamówienia, gdzie wymieniono wszystkie typy optyk i opatrzone również logotypami m.in. certyfikatu ENEC.

Przystępujący w ramach uzupełnienia powyższego wyводу Zamawiającego podkreślił, że Odwołujący odnosi się do tej części certyfikatu, gdzie omówiono na przykładach sposób oznaczania wyrobu, w tym również w pkt 8., gdzie w odniesieniu do optyk w ostatnim wierszu wskazano „XX OXX – dla optyki inwestycyjnej”, czyli

analogicznie, jak w odniesieniu do koloru z pkt 2., wskazano, że jest to katalog otwarty. Przede wszystkim w tym dokumencie istotne są dalej zamieszczone tabele. Do str. 21. wymieniają listę kompatybilnych ze sobą zasilaczy i modułów LED. Następnie od str. 22. są tabele wymieniające komponenty, jakie mogą być stosowane przy produkcji opraw objętych certyfikatem – kolejno moduły LED, zasilacze, złączki i przewody. Co istotne, wśród tych komponentów nie ma optyk, gdyż jak adekwatnie ustalił Zamawiający, nie są one objęte certyfikacją ENEC.

Zarzut Odwołującego nie znajduje również oparcia z punktu widzenia wymagań opisu przedmiotu zamówienia, gdyż jak wynika z tabeli zamieszczonej na str. 19. PFU, wiersz 4., dla parametrów optyk zażądano potwierdzenia kartą techniczną (o której wspominał Zamawiający) oraz wskazaniem strony internetowej, z której będzie można pobrać pliki fotometryczne. Natomiast dla porównania w wierszu 13. mowa jest o liście komponentów objętych certyfikatem ENEC i tam właśnie żądane było złożenie załącznika do tego certyfikatu. Z kolei w wierszu 16. dot. parametrów oświetleniowych zażądano obliczeń fotometrycznych. Zwrócił uwagę, że w tym zakresie nie ma ze strony Odwołującego zarzutów. Innymi słowy Przystępujący potwierdził również dla tych kwestionowanych optyk spełnianie przez nie parametrów wymaganych przez Zamawiającego, w sposób określony w PFU, a także złożył certyfikat ENEC wraz z załącznikami w odniesieniu do zakresu, który miał znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach.

W przekonaniu Przystępującego Odwołujący nie wykazał zasadności podnoszonych zarzutów opartych wyłącznie na jego twierdzeniach. Wyjaśnił, że dzięki zał. do certyfikatu ENEC Zamawiający może np. zweryfikować egzemplarz dostarczanego urządzenia poprzez porównanie oznaczeń komponentów wbudowanych z tymi, które są wyszczególnione w tabelach. Natomiast niczego Zamawiający nie sprawdzi na podstawie przykładowego oznaczenia z pkt 8. na str. 2, gdyż nie przypadkiem nigdzie nie jest objaśnione, co konkretnie się kryje za tym oznaczeniem, czyli optyka jakiego producenta i o jakich parametrach, gdyż z punktu widzenia certyfikatu jest to bez znaczenia.

Reasumując, obiektywnie rzecz biorąc certyfikat ENEC nie może potwierdzać spełniania przez optyki parametrów oświetleniowych i w konsekwencji Zamawiający siłą rzeczy nie mógł zażądać i nie zażądał w tym zakresie potwierdzenia tym certyfikatem.

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

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

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, skoro złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, dając w ten sposób wyraz zainteresowaniu ubieganiem się o jego udzielenie. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty LUG uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby potencjalnie liczyć, gdyż zmusiłoby to Zamawiającego do unieważnienia niniejszego postępowania.

W przekonaniu składu orzekającego, wbrew odmiennej ocenie Zamawiającego, wykonawcy, który nie kwestionuje zasadności odrzucenia jego oferty, gdyż uważa tę czynność za prawidłową, o tyle ma prawo dążyć do unieważnienia danego postępowania, aby zapobiec udzieleniu tego zamówienia innemu wykonawcy, o ile dochowa zawitego terminu na odwołanie się od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Takie stanowisko znajduje oparcie w aktualnym orzecznictwie, zarówno Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, jak i Sądu Okręgowego w Warszawie działającego jako Sąd Zamówień Publicznych.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Nie ma potrzeby przytaczania czy przywoływania wszystkich istotnych postanowień SWZ, gdyż ich treść została adekwatnie przedstawiona w odwołaniu lub w ramach ustnej odpowiedzi na nie na rozprawie, a co najważniejsze – w przeciwieństwie do tego, co w istocie wynika z tych postanowień – ich brzmienie nie jest oczywiście sporne. Podobnie nie był przedmiotem sporu stan rzeczy w odniesieniu do dosłownie zaprezentowanych w odwołaniu stron dokumentów oferty LUG oraz 2. strony złożonego przez niego na odrębne wezwanie załącznika do certyfikatu nr 0224/ENEC/20/M1.

Pomimo obszernego przywołania szeregu okoliczności faktycznych, *prima facie* budujących przekonujący wywód, zarzut odwołania sprowadza się do nieudolnej próby stworzenia wrażenia, że wybrana oferta powinna zostać odrzucona na analogicznej zasadzie jak oferty Odwołującego i jeszcze jednego wykonawcy, czyli za nieuczynienie zadość lp. 17. tabeli z pkt 3.4.1. PFU pn. Wymagania dotyczące oprav oświetleniowych oświetlenia ulicznego.

Tabela ta w lp. od 1. do 16. wyszczególnia wpiernw kategorie danych technicznych oprawy (kolejno odnośnie: konstrukcji, klosza, montażu, optyki, klasy ochrony

przeciwpożarowej, kalkulowanego spadku strumienia światła, stopnia szczelności, stopnia odporności na uderzenia, zasilania, ochrony przeciwprzepięciowej, temperatury barwowej źródła światła, wskaźnika oddawania barw, sterowania, zakresu temperatury pracy, współczynnika mocy, parametrów oświetleniowych), precyzując następnie wymaganą wartość parametru danej kategorii (patrz treść rubryk kolejnej kolumny), aby finalnie wskazać (w ostatniej kolumnie) żądany dowód na potwierdzenie, że oferowane oprawy spełniają tak określone wymagania techniczne. W wielu przypadkach, w tym w odniesieniu do parametrów sprecyzowanych odnośnie optyki (lp. 4.), ich potwierdzenie ma wynikać z tzw. Karty technicznej, czyli *de facto* karty katalogowej sporządzonej na potrzeby tego postępowania przez producenta opraw (co do optyki drugim źródłem potwierdzającym mają być informacje dostępne na stronie internetowej tego producenta). Z kolei na potrzeby weryfikacji zgodności parametrów oświetleniowych oferowanych opraw z wymogami PN-EN 13201 (jak wynika z lp. 16.) zażądane zostały tabele obliczeń fotometrycznych.

Natomiast ostatnia, lp. 17. tej tabeli – w odróżnieniu od wszystkich poprzedzających wierszy – *de facto* nie precyzuje konkretnego parametru technicznego, skoro wprawdzie wskazuje, że *oprawa musi posiadać deklarację CE, certyfikat ENEC lub równoważny oraz certyfikat ENEC PLUS lub równoważny*, a następnie podaje listę tych samych dokumentów jako sposób potwierdzenia spełniania tak określonego wymagania.

Co prawda dwie oferty, w tym Odwołującego, zostały odrzucone za niezgodność z lp. 17. tabeli z pkt 3.4.1. PFU, ale w odwołaniu skrzętnie pominięto, w jaki sposób zostało to uzasadnione: *Na podstawie przedstawionego przez SPIE ELBUD Gdańsk S.A. wypełnionego dokumentu stanowiącego integralną część oferty a mianowicie ZAŁĄCZNIKA NR 1 DOBÓR MOCY URZĄDZEŃ – SP Zamawiający dokonał samodzielnych obliczeń jednostkowej wydajności opraw Izylum 1. Ocena zgodności wydajności opraw Izylum 1 z braku danych w opisie opraw została przyjęta na podstawie największej wartości wydajności oprawy Izylum 1 podanej w certyfikacie ENEC+ a mianowicie 153 lm/W. Pomimo przyjęcia tego korzystnego dla SPIE ELBUD Gdańsk S.A. sposobu weryfikacji parametrów oprawy Izylum 1 wyłącznie jedna wersja oprawy dedykowana do oświetlenia przejść dla pieszych posiadała wydajność zgodną z danymi zawartymi w dołączonym do oferty certyfikacie ENEC+. Wszystkie pozostałe wersje opraw Izylum 1 zawarte w ofercie SPIE ELBUD Gdańsk S.A. mają wydajność świetlną wyższą niż maksymalna wydajność świetlna podana w załączonym do oferty certyfikacie ENEC+. W związku z powyższym przedmiotowe oprawy nie posiadają certyfikatu ENEC+, a tym samym nie spełniają wymagań PFU pkt 3.4 ppkt. 1, pozycja nr 17 z tabeli wymagań dotyczących opraw oświetleniowych oświetlenia ulicznego.*

Jak widać, w ramach powyższego uzasadnienia Zamawiający podał dokładnie,

jaki konkretnie parametr techniczny nie znalazł potwierdzenia w jakim dokumencie i w jaki sposób zostało to przez niego stwierdzone. Przy czym niezakwestionowanie odrzucenia oferty z tego powodu pośrednio potwierdza, że Zamawiający wszystkie te okoliczności trafnie zidentyfikował.

Tymczasem z odwołania w rzeczywistości nie wynika, jaki to konkretnie parametr techniczny miałby rzekomo nie znaleźć potwierdzenia w załączniku do certyfikatu ENEC dla zaoferowanych przez LUG na potrzeby oświetlenia ulicznego opraw Urbino LED, w tym również dla optyk typów oznaczonych jako MK-09 i MK-23. Nic konkretnego nie wynika bowiem z twierdzenia, że oprawy te nie są wykonane zgodnie z opisem podanym w pkt 3.4.1. poz. 17. PFU. Z kolei na str. 1-2 załącznika do wspomnianego certyfikatu nr 0224/ENEC/20/M1 wskazano jedynie przykład schematu oznaczeń opraw serii Urbino LED cl. II, w tym, że ósma grupa oznaczeń odnosi się do zastosowanych optyk, po czym dalej podano niezamkniętą listę oznaczeń, o czym świadczy brzmienie ostatniego wiersza: *XX OXX – dla optyki inwestycyjnej* [kalka językowa z ang. *for investment optics*], przy czym z kontekstu oczywiste jest, że powyższa lista obejmuje przykładowe tzw. optyki inwestycyjne.

Poza wszelkim sporem jest, że licencja na używanie znaku ENEC jest świadectwem bardzo wysokiej jakości produktu przy równoczesnym spełnieniu wszystkich wymaganych na terenie Unii Europejskiej norm. Jest to również obiektywny certyfikat potwierdzający wykorzystanie w procesie produkcji wysokiej jakości komponentów. Certyfikaty te są jawne, ich numery są zamieszczone na stronie www.enec.com, co daje możliwość ich weryfikacji. Dodatkowym certyfikatem jest ENEC PLUS, który potwierdza konkretne parametry fotoelektryczne opraw (ENEC potwierdza zgodność z obowiązującymi normami), co właśnie było przedmiotem zainteresowania Zamawiającego w tym postępowaniu.

Reasumując, Izba stwierdziła, że LUG składając tzw. listę komponentów certyfikatu ENEC uczynił zadość specyficznemu żądaniu wynikającemu z lp. 17. tabeli z pkt 3.4.1. PFU, a odwołanie nie zawiera w istocie zarzutu, że jakkolwiek parametr techniczny spośród tych, do których może odnosić się taki przedmiotowy środek dowodowy, nie znalazł w tym przypadku potwierdzenia. Przy czym Zamawiający wezwał LUG do uzupełnienia certyfikatu ENEC o ten załącznik na potwierdzenie wymagania z lp. 13. tabeli z pkt 3.4.1. PFU dotyczącego sterowania oprawą [*Oprawy muszą być wyposażone w zasilacz umożliwiający integrację systemu indywidualnego zarządzania pracą każdej oprawy sterowany cyfrowo sygnałem DALI lub 1-10V. Konstrukcja oprawy i wyposażenie musi zapewnić możliwość podłączenia oprawy do zdalnego systemu sterowania. Oprawa musi być wyposażona gniazdo w otwartym standardzie NEMA kod ANSI C136.41 lub Zhaga D4i.*].

W konsekwencji nie ma sugerowanej w odwołaniu zbieżności niezgodności z warunkami technicznymi tego zamówienia stwierdzonej przez Zamawiającego względem

oferty Odwołującego z tą, której istnienie jest zarzucane ofercie Odwołującego.

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

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które – według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp – należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powyższy przepis jest odpowiednikiem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {dalej: „popzp”}, który stanowił, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie budzi wątpliwości, że na podstawie – zarówno obecnie obowiązującego, jak i poprzednio – tak sformułowanego przepisu odrzuceniu powinna podlegać oferta, której treść – rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty) – nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do zakresu, rodzaju lub sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Innymi słowy zachodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia. Stąd zamawiający powinien zweryfikować, czy oferowane mu roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają tym wymaganiom co do rodzaju, zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, jakie uznał za istotne dla zaspokojenia jego potrzeb, jeżeli znalazło to odzwierciedlenie w ramach opisu przedmiotu zamówienia.

Zakresem normy prawnej wynikającej z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp objęta jest również sytuacja, w której pomimo zadeklarowania przez wykonawcę w ofercie, że jej treść odnośnie przedmiotu świadczenia jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia, nie znajduje to potwierdzenia w zażądanych – na zasadzie art. 104 (etykiety), art. 105 (certyfikaty) lub art. 106 (inne dokumenty) ustawy pzp [przy czym ten ostatni art. jest odpowiednikiem regulacji zawartej w art. 25 ust. 2 pkt 2 popzp] – przez zamawiającego i składanych przez wykonawcę – co do zasady wraz z ofertą (o czym z kolei stanowi art. 107 ust. 1 pzp) – przedmiotowych środkach dowodowych. Stąd zostały one zdefiniowane w art. 6 pkt 20 ustawy pzp jako środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją

zamówienia.

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

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

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

Skoro wywiedziona w odwołaniu niezgodność treści oferty LUG z treścią warunków tego zamówienia w odniesieniu do wymagania opisu przedmiotu zamówienia, które miało znaleźć potwierdzenie w zażądanym przez Zamawiającego w tym celu certyfikacie, w rzeczywistości nie zachodzi, zarzucane naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp okazało się bezzasadne, bo wręcz bezprzedmiotowe.

Niezależnie od powyższego odwołanie podlegałoby również oddaleniu, gdyby

w ogóle możliwe było sprecyzowanie takiego braku, jaki został sprokurowany na potrzeby wniesienia odwołania w tej sprawie. Nie zawiera bowiem zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 pzp, który to przepis Zamawiający miałby w takim przypadku zastosować względem LUG, gdyż podstawą faktyczną wezwania był inny brak.

W konsekwencji za oczywiście niezasadne należało również uznać zarzucane Zamawiającemu naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, o których mowa w art. 16 pkt 1 ustawy pzp czy naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy pzp.

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

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