

WYROK
z dnia 22 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2019 r. przez wykonawcę: **J.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą IHOL J.K., ul. Piotrkowska 257a, lok. 58, 90-456 Łódź**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Urząd m.st. Warszawy Urząd Dzielnicowy Praga-Południe, ul. Grochowska 274, 03-841 Warszawa**

przy udziale wykonawcy: **NGS Sp. z o.o., ul. Wileńska 80, 05-200 Wołomin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. A.** uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz w wyniku ponownej oceny ofert odrzucenie oferty wykonawcy NGS Sp. z o.o. z siedzibą w Wołominie;
- B.** nie uwzględnia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie jego zastosowania wobec wykonawcy NGS Sp. z o.o. z siedzibą w Wołominie;
- 2.** kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Urząd m.st. Warszawy Urząd Dzielnicowy Praga-Południe, ul. Grochowska 274, 03-841 Warszawa, i:**
 - 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę:

J.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą IHOL J.K., ul. Piotrkowska 257a, lok. 58, 90-456 Łódź tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: Urząd m.st. Warszawy Urząd Dzielnicowy Praga-Południe, ul. Grochowska 274, 03-841 Warszawa na rzecz wykonawcy: J.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą IHOL J.K., ul. Piotrkowska 257a, lok. 58, 90-456 Łódź kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego obejmujące kwotę wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd m.st. Warszawy Urząd Dzielnicowy Praga-Południe z siedzibą w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – roboty budowlane pn. „Wymiana opraw oświetleniowych w Szkole Podstawowej nr 312 przy ul. Umińskiego 12, Zespole Szkół nr 37 przy al. Stanów Zjednoczonych 24”, numer referencyjny: UD-VI-ZP/40/19, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej: „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Wartość zamówienia jest niższa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 543116-N-2019 z dnia 2019-04-30 r.

Odwołujący – J.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą IHOL J.K. z siedzibą w Łodzi – wniósł odwołanie, wskazując, jak niżej:

odwołanie na czynność(i) oraz zaniechania czynności przez Zamawiającego polegające na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez NGS Sp. z o.o. z siedzibą w Wołominie, pomimo tego, że oferta podlegała odrzuceniu. Zamawiający bezpodstawnie zaniechał podjęcia czynności odrzucenia oferty złożonej przez tego Wykonawcę.

I. Zarzuty: Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy NGS Sp. z o.o. wybranej jako najkorzystniejsza, pomimo tego, że Wykonawca złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ, przez wskazanie dwóch terminów realizacji zamówienia w pkt 3 Formularza Ofertowego, tj. 3 tygodni i 6 tygodni.
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy NGS Sp. z o.o., wybranej jako najkorzystniejsza, pomimo tego, że Wykonawca wskazując dwa różne terminy realizacji przedmiotu zamówienia złożył dwie różniące się oferty, co jest sprzeczne z art. 82 ust. 1.
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 30 ust. 5 przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza złożonej przez NGS Sp. z o.o., pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Wykonawca zaoferował oprawy o parametrach niezgodnych z wymogami zawartymi w OPZ (załącznik nr 9 do SIWZ) oraz pomimo, że Wykonawca zaniechał złożenia wraz z ofertą dokumentów dotyczących zastosowania równoważnych materiałów, urządzeń lub rozwiązań, a następnie złożył je dopiero w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów wystosowane w trybie art. 26 ust. 3.

II. Wnioski w zakresie rozstrzygnięcia odwołania. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której, Zamawiający zobowiązany będzie do odrzucenia oferty wykonawcy NGS Sp. z o.o.

III. Interes Odwołującego

Odwołujący wskazał, że bezsprzecznie posiada interes w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą Pzp. Jest tak dlatego, ponieważ, gdyby Zamawiający dokonał prawidłowych czynności w postępowaniu, wówczas odrzuciłby ofertę wykonawcy NGS Sp. z o.o., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Tym samym Odwołujący, miałby realną szansę uzyskania zamówienia, ponieważ spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu i jest ofertą plasującą się na drugiej pozycji z sumą 90 pkt (tuż za nieprawidłowo wybraną ofertą wykonawcy NGS Sp. z o.o.). Działania Zamawiającego w oczywisty sposób naruszają usprawiedliwiony interes Odwołującego oraz skutkują powstaniem po jego stronie realnej szkody - nieuprawnionym pozbawieniem możliwości uzyskania zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne i prawne odwołania

Ad 1. - art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

W Formularzu Ofertowym (załącznik 1 do SIWZ) Zamawiający statuował obowiązek oznaczenia konkretnego terminu realizacji zamówienia, przez wykreślenie wszystkich terminów realizacji, których Wykonawca nie oferuje i pozostawienie zaoferowanego terminu. W pkt 3 Formularza Ofertowego Wykonawca NGS Sp. z o.o. pozostawił nieskreślone dwa terminy realizacji: 6 tygodni i 3 tygodnie. Bez znaczenia jest fakt, że jeden z tych terminów został zakreślony kółkiem, ponieważ instrukcja wynikająca z pkt 3 Formularza Ofertowego jest jasna i precyzyjna: „niepotrzebne skreślić”. Odwołujący podniósł, że termin realizacji był jednym z kryterium oceny ofert z możliwością uzyskania maksymalnie 40 pkt. Ewentualne wyjaśnienie treści Formularza Ofertowego co do dwóch zaoferowanych terminów realizacji, w tym przypadku prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania Wykonawców i zasady zachowania uczciwej konkurencji. Wezwanie do ewentualnych wyjaśnień musiało nastąpić po otwarciu ofert i udostępnieniu informacji z otwarcia ofert, zgodnie z art. 86 ust. 5 ustawy Pzp. Tym samym wezwany Wykonawca, mając już informacje z otwarcia ofert, mógłby wskazać taki termin realizacji, który daje mu zwycięstwo i jest dla niego najkorzystniejszy (znając już ceny i terminy realizacji konkurentów). Taka sytuacja jest niedopuszczalna ze względu na ww. zasady postępowania jak i zakaz zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert czy zakaz prowadzenia negocjacji między Wykonawcą a Zamawiającym w przetargu nieograniczonym. Wyżej opisaną sytuację należy potraktować następująco:

– Wykonawca złożył ofertę niezgodną z treścią Formularza Ofertowego a tym samym z treścią SIWZ (nie zaoferował jednego terminu realizacji);

– Wykonawca złożył ofertę wariantową wskazując dwa terminy realizacji, podczas gdy Zamawiający w SIWZ w części I pkt 3 ppkt 2 wyłączył możliwość składania ofert wariantowych.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający arbitralnie i bezpodstawnie (przez zaniechanie odrzucenia oferty) sklasyfikował Wykonawcę tak, jakby ten wskazał termin 3 tygodni, przyznając mu maksymalną ilość 40 pkt. Wskutek tej czynności Wykonawca uzyskał największą ilość punktów i jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Pozostali Wykonawcy prawidłowo wskazali jeden termin realizacji zgodnie z wymogami SIWZ. W konsekwencji naruszył także dyspozycję art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad 2. - art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

Wykonawca NGS Sp. z o.o. wskazując dwa terminy realizacji w Formularzu Ofertowym złożył *de facto* dwie oferty z tą samą ceną i różnymi terminami realizacji. Stanowi to naruszenie dyspozycji art. 82 ust. 1 ustawy Pzp i skutkuje odrzuceniem oferty jako niezgodnej z ustawą.

Ad 3. - art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp

Zamawiający wskazał w OPZ (załącznik 9 do SIWZ) precyzyjny opis zamawianych oprav. W dniu 10.09.2019 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do przedłożenia kart katalogowych oraz szczegółowego opisu oferowanych oprav. Wykonawca przedłożył ww. dokumenty. Dokonując analizy katalogów i opisów oprav Zamawiający w sposób nie budzący wątpliwości stwierdził, że zaoferowane oprawy nie odpowiadają wymogom zawartym w OPZ. Wskutek tego Zamawiający w dniu 20.09.2019 r. wezwał Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia kart katalogowych oraz szczegółowego opisu oferowanych oprav. Zamawiający wskazał w wezwaniu niżej wymienione niezgodności zaoferowanych oprav z parametrami zawartymi w OPZ:

Oprawa Calima D

- 1. miało być: wymiar 1300x210x74 (+-5%) – jest 1215x175x40*
- 2. miało być: układ optyczny opal – jest płyta mikropryzmatyczna PMMA*
- 3. miało być: masa oprawy < 3 kg – jest 3,8 kg*

Oprawa Lodos S

- 1. miało być: układ optyczny opal PC – jest płyta opalizowana PMMA*

Oprawa Norte

- 1. miało być: blacha stalowa grubości >1 mm – jest aluminiowa*
- 2. miało być: wymiar 1190x320x60 (+/-5%) – jest 970x343x93*
- 3. miało być: trwałość LED >60000 L80/B10 – jest 10000 L80/B50*
- 4. miało być: układ optyczny MICRO-PRM – UGR<=22 – jest soczewka 90o+siatka ochronna.*

W dniu 26.09.2019 r. Wykonawca (w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3) przedłożył te same katalogi i opisy oprav (uprzednio zakwestionowane przez Zamawiającego jako niezgodne z treścią OPZ). Wykonawca w odpowiedzi wskazał, że przedłożone dwukrotnie (wezwanie z art. 26 ust. 2 i art. 26 ust. 3) katalogi i opisy, przesądzają o tym, że zaoferowane

oprawy stanowią rozwiązanie równoważne do opisanego w OPZ i tym samym są zgodne z SIWZ. Odwołujący podniósł, że Wykonawca nie złożył wraz z ofertą jakichkolwiek dokumentów potwierdzających, że oferuje rozwiązania równoważne. W przypadku skorzystania przez Wykonawcę z uprawnienia do zaoferowania rozwiązań równoważnych, Zamawiający wymaga od wykonawcy, stosownie do treści art. 30 ust. 5 Pzp, złożenia stosownych dokumentów uwiarygodniających zastosowanie rozwiązań równoważnych. W przypadku, gdy Wykonawca nie złoży w ofercie dokumentów o zastosowaniu innych równoważnych materiałów lub urządzeń lub rozwiązań, to rozumie się przez to, że do kalkulacji ceny oferty i wykonania przedmiotu zamówienia ujął materiały i urządzenia o parametrach zaproponowanych w OPZ. W związku z tym Wykonawca jest zobowiązany zastosować do wykonania zamówienia materiały lub urządzenia lub rozwiązania opisane w OPZ. Wykonawca stwierdził, że zamierza użyć materiałów równoważnych dopiero w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3, jednocześnie składając dokumentację dotyczącą parametrów równoważności. Tym samym zmienił treść oferty w zakresie sposobu wykonania zamówienia w sposób istotny, niedopuszczalny w świetle Pzp.

Zaniechanie złożenia w ofercie dokumentów dotyczących zastosowania równoważnych materiałów, urządzeń lub rozwiązań, a następnie złożenie ich wraz z wyjaśnieniami, stanowi niedopuszczalne uzupełnienie lub zmianę treści oferty i przesądza o konieczności jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – wyrok KIO z 26 stycznia 2018 r. (sygn. akt KIO 40/18). Z wyroku wynikają istotne wnioski. Po pierwsze, dyspozycji art. 30 ust. 5 Pzp oraz formułowanych na jej kanwie postanowień SIWZ, Wykonawcy nie mogą lekceważyć – niewykazanie równoważności oferowanych urządzeń już wraz z ofertą będzie stanowiło o niezgodności oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Po drugie, dokumenty i dowody potwierdzające równoważność oferowanych materiałów, jako opisujące sposób wykonania zamówienia, składają się na treść oferty, która nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Potwierdzają to inne orzeczenia KIO - wyrok z 18 sierpnia 2016 r. (sygn. akt KIO 1391/16; KIO 1416/16; KIO 1418/16) – dokumenty mające na celu wykazanie równoważności, stanowią element oferty opisujący oferowany przedmiot, a zatem nie podlegają uzupełnieniu. Również zgodnie z wyrokiem KIO zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 2447/16:

Teza aktualna: Aby uznać, że dany wykonawca zaoferował rozwiązania równoważne do opisanych, musiałby to w sposób wyraźny zadeklarować w ofercie podając konkretnie, jaki produkt lub produkty oferuje w zamian za jaki produkt/produkty. W braku wykazu towarów (materiałów i urządzeń równoważnych) oraz opisu rozwiązań równoważnych w żaden sposób nie można więc uznać, że wykonawca zaoferował rozwiązania równoważne, nawet jeśli miałby taki zamiar. Dokumentów tych przy ich braku nie można bowiem uzupełnić – stanowią one ścisłą treść oferty i takie działanie prowadziłyby do zmiany oferty (zmiana oferowanych

produktów referencyjnych na równoważne).

Odwołujący wskazał także, że sam Zamawiający w treści SIWZ – opis przedmiotu zamówienia punkt 2 wyraźnie zastrzegł, że Wykonawca powołujący się na rozwiązania równoważne już wraz z ofertą zobowiązany jest przedłożyć odpowiednie dokumenty potwierdzające równoważność:

Ciężar udowodnienia, że materiał (wyrób) jest równoważny w stosunku do wymogu określonego przez Zamawiającego spoczywa na składającym ofertę (art. 30 ust. 5 ustawy Pzp). W takim wypadku Wykonawca musi przedłożyć w ofercie odpowiednie dokumenty opisujące parametry techniczne, wymagane prawem certyfikaty i inne dokumenty dopuszczające dane materiały (wyroby) do użytkowania, oraz pozwalające jednoznacznie stwierdzić, że są one rzeczywiście równoważne.

Ponadto wymiary zaoferowanych opraw w sposób rażąco przekraczały dopuszczoną w OPZ tolerancję błędu 5% (o nawet 55%), co przesądza o niezgodności z wymaganiami OPZ. W tym stanie rzeczy trudno w jakikolwiek sposób stawiać tezy o równoważności opraw jawnie nieodpowiadających wymogom Zamawiającego.

Zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał odrzucenia oferty oraz podjął wobec Wykonawcy czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej tego rodzaju wezwanie jest niezasadne jeżeli przedłożone przez Wykonawcę na wezwanie o którym mowa w art. 26 ust. [2] ustawy Pzp dokumenty w sposób oczywisty niebudzący wątpliwości przeczy wymaganiom określonym w opisie przedmiotu zamówienia:

KIO 646/18, wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej LEX nr 2515249 - wyrok z dnia 13 kwietnia 2018 r.

Teza aktualna: Żądanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. jest niezasadne, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, (którego celem jest potwierdzenie określonych wymagań (parametrów) złożył katalogi, których treść w sposób oczywisty niebudzący wątpliwości przeczy wymaganiom określonym w opisie przedmiotu zamówienia.

NGS kwestionuje parametry wskazane przez Zamawiającego dopiero na etapie po otwarciu ofert, jednak w postępowaniu przetargowym na etapie zadawania pytań bądź skarżenia specyfikacji nie zadawał pytań dot. wymiaru oprawy i zmiany tolerancji bądź innych parametrów. NGS złożył ofertę oferując oprawy nie spełniające wymogów specyfikacji – oczywiście tańszych przez co porównanie ofert jest niemożliwe. NGS uzyskał 98,43 punktów, a Odwołujący IHOL 90. Gdyby Odwołujący zaoferował oprawy nieodpowiadające wymogom SIWZ mógłby zaoferować niższą cenę oraz dłuższą gwarancję i uzyskać więcej punktów niż NGS.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wskazał, że oferta Wykonawcy podlega

odrzuconiu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodna z treścią SIWZ.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania wskazując, co następuje.

Zamawiający przeprowadził wszystkie dotychczasowe czynności zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że *„miałby realną szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu i jest ofertą plasującą się na drugiej pozycji z sumą 90 pkt.”*

Zamawiający prowadzi postępowanie w tzw. „procedurze odwróconej”. Nie można stwierdzić, że Odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, gdyż jego oferta nie była badana. W świetle art. 24aa ustawy Pzp Zamawiający badał w pierwszej kolejności tylko ofertę najkorzystniejszą.

Ad 1. i Ad 2.

Zamawiający czytając ofertę firmy NGS Sp. z o.o. podczas sesji otwarcia ofert uznał fakt zakreślania kółkiem kryterium *terminu wykonania prac na obiekcie* jako jednoznaczne określenie woli Wykonawcy, mimo że poniżej w instrukcji opisane jest „niepotrzebne skreślić”. Często zdarza się, że Wykonawcy z przyzwyczajenia, natłoku informacji wpisywanych w ofercie nie skreślają terminów a tylko zakreślają kółkiem. Zważywszy na fakt, że w formularzu ofertowym Wykonawca NGS Sp. z o.o. złożył wyraźne i jednoznaczne oświadczenie woli w zakresie kryterium *okresu gwarancji udzielanej na okres 72 miesięcy* poprzez właśnie zaznaczenie kółkiem, Zamawiający uznał, że jednoznacznym określeniem woli Wykonawcy w kryterium „czas prowadzenia prac na obiekcie” jest termin wynoszący właśnie 3 tygodnie. Wykonawca być może poprzez niedopatrzenie nie skreślił wszystkich niepotrzebnych terminów, ale jednoznacznie i jednolicie w całej ofercie określił chęć wyrażenia swojej woli poprzez właśnie zakreślanie kółkiem. Zamawiający dokonując oceny ofert w pierwszym rzędzie kieruje się dyrektywami wykładni oświadczeń woli wynikającymi z art. 65 Kodeksu cywilnego, zatem uwzględnia cel złożenia oświadczenia, istotny sens i zamiar, jaki leżał u podstaw złożenia oferty przez NGS Sp. z o.o.

Informacja z otwarcia ofert została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 17 maja 2019 r. Gdyby wolą Przystępującego NGS Sp. z o.o. było wykonanie zamówienia w terminie 6 tygodni a nie 3 tygodnie, wówczas na pewno interweniował by u Zamawiającego co do błędu przy odczytaniu oferty. Natomiast Zamawiający takowej informacji nie otrzymał.

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy NGS Sp. z o.o. została przekazana Wykonawcom w dniu 2 października 2019 r. oraz tego samego dnia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego. W treści tejże informacji widnieje jasno zapis dotyczący

kryteriów oceny ofert tj. ceny, gwarancji oraz terminu realizacji zamówienia – 3 tygodnie. Po opublikowaniu i przekazaniu informacji o wyborze Zamawiający również nie otrzymał od NGS Sp. z o.o. żadnego sprzeciwu co do błędnie przyjętego terminu realizacji.

Zamawiający nadmieniał, że Odwołujący już 17 maja 2019 r., czyli tuż po sesji otwarcia ofert, zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wgląd do dokumentacji w postaci skanów wszystkich złożonych ofert. Odpowiedź została przekazana IHOL J.K. w dniu 22 maja 2019 r. Odwołujący w żaden sposób nie zaskarżył wówczas oferty firmy NGS Sp. z o.o. ze względu na błędnie wskazany termin. Zamawiający przypuszcza, że również widząc ofertę NGS Sp. z o.o. uznał termin wykonania prac jako 3 tygodnie – czyli ten który był wyraźnie i jasno zaznaczony kółkiem.

W opinii Zamawiającego zarzuty Odwołującego w tym przypadku są bezzasadne.

Ad 3. Odwołujący w swym wystąpieniu szeroko opisuje sposób realizacji zobowiązania Zamawiającego wynikającego z art. 26 ust. 2 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dowodząc staranności z jaką Zamawiający rozstrzygał kwestie wyboru Wykonawcy i czyniąc jednocześnie takiemu postępowaniu zarzut zaniechania odrzucenia oferty.

Zamawiający w punkcie 17 SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu:

„za spełniających warunki udziału w postępowaniu Zamawiający uzna Wykonawców, którzy na potwierdzenie zdolności technicznej lub zawodowej wykażą, że:

3.2 oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego

a) szczegółowy opis parametrów proponowanych oprav wraz z kartami katalogowymi oferowanych oprav.”

W związku z tym, że postępowanie prowadzone jest w procedurze „odwróconej” Wykonawcy składali z ofertą tylko wstępne oświadczenia.

W punkcie 20 SIWZ „Wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, brak podstaw do wykluczenia oraz innych dokumentów wymaganych w postępowaniu SKŁADANE NA WEZWANIE ZAMAWIAJĄCEGO”, Zamawiający wskazuje, że wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia nw. oświadczeń lub dokumentów, które potwierdzają okoliczności spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia tj.

2) w celu wykazania, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego:

a) karty katalogowe oraz szczegółowy opis parametrów proponowanych oprav.

W SIWZ było dokładnie opisane jakich dokumentów, kiedy i od kogo będzie wymagał Zamawiający.

Wyrok KIO 1521/19 (dotyczący przedmiotowego postępowania):

„Odnosnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez EFI- Polaris Sp. z o.o. skład orzekający uznaje zarzut za niezasadny. Za przekonujące Izba uznała stanowisko zamawiającego wskazujące na pierwszeństwo zapisu pkt 20 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazujące na obowiązek składania określonych dokumentów, w tym spornego wykazu oprav z ich parametrami, na wezwanie zamawiającego, a nie bezpośrednio wraz z ofertą. Należy stwierdzić, że ewentualne wątpliwości, a także niespójności w treści podstawowej siwz oraz załączników i odpowiedzi na pytania, nie powinny skutkować negatywnie na pozycję wykonawcy, który do tych postanowień w dobrej wierze się zastosował.”

Zgodnie z ustawą Pzp Zamawiający **miał obowiązek wezwać wykonawcę NGS Sp. z o.o. do ponownego przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.**

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 (W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,

3) brak podstaw wykluczenia)

lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zgodnie z cytowaną ustawą Zamawiający miał obowiązek a nie przywilej do ponownego wezwania Wykonawcy do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem Zamawiającego zarzut Odwołującego w tym aspekcie jest bezzasadny.

Dowodząc niezgodności parametrów lamp przedstawionych przez NGS Sp. z o.o. z parametrami wymaganymi przez Zamawiającego, określonymi w OPZ jako główne elementy niezgodne wymienione są:

- 1) gabaryty lamp (różniące się od wymaganych 0 6,5 – 8%, zamiast 5%), **nie mają negatywnego wpływu na pozostałe parametry przedmiotu zamówienia.**

- 2) układ optyczny – Zamawiający nie określił rozkładu światła, zatem brak jest podstaw do jednoznacznego stwierdzenia, że zawarty w propozycji NSG Sp. z o.o. typ przesłony mikropryzmatycznej powoduje różnice jasności na oświetlanej powierzchni w porównaniu z lampami opisanymi w OPZ, a oferowanymi przez Odwołującego,
- 3) trwałość LED – wymagana 60000 L80/B10, proponowana przez NGS Sp. z o.o. – 100000 L80/B50 (parametry wyższe od wymaganych),
- 4) masa oprawy – wymagana < 3 kg, jest 3,8 kg; ponieważ lampy mocowane są do stropów betonowych, a SIWZ podaje sposób mocowania lamp o masie do 10 kg, parametr ten nie jest wykluczający.

Inne parametry, mające istotne znaczenie dla określenia wartości użytkowych lamp, zgodnie z przedstawioną przez NGS Sp. z o.o. tabelą porównawczą, **są równoważne, a w niektórych przypadkach wyższe niż zakładane w OPZ.**

Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia dopuszcza zastosowanie równoważnych materiałów (wyrobów), **nie gorszej jakości niż** opisane w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, wyrażone poprzez wybór oferty NGS Sp. z o.o. i wniósł o oddalenie *odrzućenia* w całości.

Wykonawca: NGS Sp. z o.o. z siedzibą w Wołominie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wniósł o oddalenie odwołania i wskazał, jak niżej.

1. Stanowisko Przystępującego w zakresie zarzutów zawartych w pkt 1 i 2 odwołania Przystępujący wskazuje, że:

- a) w formularzu ofertowym złożył wyraźne i jednoznaczne oświadczenie woli w zakresie okresu gwarancji udzielanej na okres 72 miesięcy oraz czasu prowadzenia prac na obiekcie wynoszącego 3 tygodnie;
- b) oświadczenie woli w obu ww. wypadkach zostało złożone poprzez zakreślenie kółkiem konkretnych terminów;
- c) inne terminy zostały skreślone jako niepotrzebne poza jednym terminem „6 tygodni”.

Wobec powyższego Przystępujący nie naruszył instrukcji podanej w pkt 3 Formularza Ofertowego: „niepotrzebne skreślić” Stan rzeczy nie uzasadnia więc automatycznego odrzucenia oferty Przystępującego, ponieważ oświadczenie woli Przystępującego jest jednoznaczne.

Zamawiający dokonując interpretacji treści ofert w pierwszym rzędzie kieruje się dyrektywami wykładni oświadczeń woli wynikającymi z art. 65 Kodeksu cywilnego, zatem uwzględnia cel złożenia oświadczenia, istotny sens i zamiar, jaki leżał u podstaw złożenia oferty przez Przystępującego.

Orzecznictwo KIO wskazuje, że *”wykładania oświadczenia woli powinna również uwzględniać cel, w jakim zostało ono złożone oraz kontekst sytuacyjny. Okoliczności te mają, w ocenie Izby, doniosłość dla zrekonstruowania treści myślowych wyrażonych w oświadczeniu woli i pozwalają ustalić właściwy sens tego oświadczenia, niekiedy odmienny od dosłownego jego brzmienia, a nadto mieć należy na uwadze i uwzględnić, że przy wykładni oświadczenia woli postuluje się w doktrynie życzliwą interpretację wspomagającą uznanie czynności prawnej za ważną. Stosowanie takiej dyrektywy oznacza preferowanie takiego znaczenia oświadczenia woli, które pozwala na utrzymanie czynności prawnej i uznanie jej za zgodnej z prawem. Za przyjęciem takiej reguły przemawia przede wszystkim okoliczność, że z istoty swojej oświadczenie woli składane są po to, aby wywołać określone skutki prawne.”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 667/14 oraz powołane w nim orzecznictwo Sądu Najwyższego: wyrok z dnia 26 listopada 2008 r., III CSK 163/08, Lex nr 479315; wyrok z dnia 17 grudnia 2008 r., I CSK 250/08, Lex nr 484668 oraz wyrok z dnia 20 stycznia 2011 r., I CSK 173/10, Lex nr 738379).

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 17 maja 2019 r. Zamawiający po tej dacie komunikował, że Przystępujący podał w ofercie okres prowadzenia prac na obiekcie wynoszący 3 tygodnie. Przystępujący nie kwestionował swojego oświadczenia woli.

Czy w świetle powyższego zarzut Odwołującego zakładający, że Przystępujący mógłby negocjować z Zamawiającym czas prowadzenia prac, względnie oświadczać, że nastąpiła pomyłka i wycofywać się z wiążącego terminu – podejmować takie i inne nieetyczne czynności po wyborze oferty Przystępującego, zasługuje na uwzględnienie? Nie, taki zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ Przystępujący wywołał określone skutki prawne swoim oświadczeniem woli – zadeklarował 3 tygodniowy termin prowadzenia prac i tym samym wywołał określone skutki prawne.

W omawianym zakresie Przystępujący jest przekonany, że Zamawiający słusznie uznał, że oświadczenie woli Przystępującego jest jednoznaczne i nie ma potrzeby weryfikować sensu tego oświadczenia. W tym kontekście powinno być jasne, że zaznaczając okres 3 tygodni, intencją Przystępującego było podanie prac na obiekcie o takiej właśnie długości.

W ocenie Przystępującego Odwołujący działa w złej wierze bazując na obecnym etapie na zarzucie błędnego wypełnienia formularza przez Przystępującego. Trzeba zauważyć, że zbiorcze zestawienie ofert zostało opublikowane na stronie www przez Zamawiającego w dniu 17 maja 2019 r. Zestawienie ofert zawierało informacje, że Przystępujący oferuje okres gwarancji wynoszący 72 miesiące oraz czas prowadzenia prac na obiekcie wynoszący 3 tygodnie.

2. Stanowisko Przystępującego w zakresie zarzutów zawartych w pkt 3 odwołania

Oprawy proponowane przez Przystępującego odpowiadają parametrami wymogom SIWZ. W

niektórych przypadkach – co zostało wyraźnie wykazane w piśmie Przystępującego z dnia 26 września 2019 r. parametry proponowanych oprav są wyższe w stosunku do parametrów wyspecyfikowanych w SIWZ. Parametry podane przez Przystępującego są zgodne z danymi katalogów i opisów w dokumentach złożonych przez Przystępującego.

W ocenie Przystępującego, Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Przystępujący zaproponował oprawy spełniające podane przez Zamawiającego parametry. W tabeli, w piśmie z dnia 26 września 2019 r. Przystępujący użył terminu „równoważny” dla oceny parametru wynikającego z SIWZ i proponowanej przez Przystępującego oprawy.

Wydaje się jednak, że wnioski jakie wywodzi Odwołujący z użytego przez Przystępującego w tabeli w piśmie z dnia 26 września 2019 r. „równoważny” są zbyt daleko idące i nieadekwatne do wymagań SIWZ w kontekście równoważności jako terminu Pzp.

W tym stanie rzeczy Przystępujący wniósł jak powyżej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i wykonawcy NGS Sp. z o.o. z siedzibą w Wołominie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, Izba uznała, że w wyniku spełnienia przesłanek skutecznego przystąpienia zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, wykonawca ten stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zwanym dalej „Przystępującym”.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Na wstępie Izba uznała, że Odwołujący jest legitymowany czynnie do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Procedura odwrócona stosowana w ocenianym postępowaniu, uregulowana w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp (implementacja art. 56 ust. 2 dyrektywy klasycznej), określająca kolejność czynności Zamawiającego w toku badania i oceny ofert – najpierw dokonanie oceny ofert, a następnie zbadanie czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, powoduje że Zamawiający może, po ustaleniu rankingu ofert, ograniczyć się do badania pod względem podmiotowym jedynie tego wykonawcy, którego oferta została sklasyfikowana na pierwszym miejscu, przy jednoczesnym braku obowiązku poddania badaniu pozostałych ofert.

Jednolity jest pogląd Krajowej Izby Odwoławczej, że w ramach procedury odwróconej brak weryfikacji podmiotowej wszystkich wykonawców daje szeroką możliwość

kwestionowania czynności Zamawiającego w drodze środków ochrony prawnej, niezależnie od zajętego przez wykonawcę miejsca w rankingu, przy zachowaniu odpowiedniego terminu kwestionowania czynności lub zaniechania czynności przez Zamawiającego zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp – niezgodność z przepisami ustawy czynności podjętej lub zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Z tych względów podnoszona przez Zamawiającego i Przystępującego kwestia powzięcia wiadomości już po otwarciu ofert o wskazaniu przez Przystępującego „czasu prowadzenia prac na obiekcie”, nie stanowi podstawy do uznania braku uprawnienia do wniesienia odwołania wobec czynności i zaniechania przez Zamawiającego czynności związanych z wyborem oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Poza wskazaną przez Zamawiającego i Przystępującego sugestią, nie przedstawiono zarzutu niespełniania przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Na rozprawie strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska przedstawione w pismach wskazanych w pierwszej części uzasadnienia.

Odwołujący złożył do akt sprawy dokumenty: wydruki korespondencji elektronicznej (3 komplety z załącznikami do zapytań) w sprawie dostępności na rynku opraw oświetleniowych, wskazującej podnoszoną na rozprawie dostępność oraz „Zestawienie wymiarów opraw oświetleniowych” wskazujące, że różnica w parametrach opraw (B i D) oferowanych przez Przystępującego w stosunku do wymaganych przez Zamawiającego, przekracza dopuszczoną (+/-5%) tolerancję o wielkości od 6,54% do 55,00%, tym samym powodując niespełnienie warunku przedmiotowego.

I. Termin realizacji zamówienia oraz kwestionowany czas prowadzenia prac na obiekcie – Zamawiający opisał w kilku częściach SIWZ.

W części II w pkt 14 wskazał: *Termin realizacji zamówienia – do 6 tygodni od dnia wprowadzenia na budowę, przy czym wprowadzenie na budowę nastąpi nie wcześniej niż 1.07.2019 r. Termin ten jest obowiązujący dla każdego z obiektów z osobna.*

W części IV w pkt 23 *Kryteria i sposób oceny ofert* wskazał, że *czas prowadzenia prac na obiekcie* stanowi kryterium oceny o wadze 40% (pozostałe 2 kryteria, to cena brutto 50% i okres gwarancji 10%) – pkt 1 lit. a, b, c. Ocena *czasu prowadzenia prac na obiekcie* miała być dokonywana w następujący sposób: czas wykonania prac na obiekcie od wprowadzenia na budowę: 6 tygodni - 0 pkt, 5 tygodni - 10 pkt, 4 tygodnie - 20 pkt, 3 tygodnie - 40 pkt; maksymalnie w tym kryterium 40 pkt – pkt 2 lit. c.

W Formularzu Oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) w pkt 3, Przystępujący mając do wyboru wskazał czas prowadzenia prac na obiekcie: *6 tygodni* / 5 tygodni* / 4 tygodnie* / 3 tygodnie**

– przez **Niepotrzebne skreślić. [Uwaga: Z tytułu kryterium „czas prowadzenia prac na obiekcie” Wykonawca może uzyskać dodatkowe punkty w postępowaniu – (pkt 22.2.c SIWZ) - wł. pkt 23 zamiast 22]*,

– skreślił jako niepotrzebne: 5 tygodni i 4 tygodnie, pozostawiając nieskreślone jako potrzebne: 6 tygodni i 3 tygodnie, przy czym czas *3 tygodnie** zakreślił obwódką tworzącą koło. Zatem, jako oferowany czas prowadzenia prac na obiekcie wskazał 6 tygodni i 3 tygodnie.

Odnośnie okresu gwarancji (pkt 2 Formularza Oferty) na 4 możliwe okresy: *36 miesięcy* / 48 miesięcy* / 60 miesięcy* / 72 miesiące**, Przystępujący skreślił okresy: *36 miesięcy* / 48 miesięcy* / 60 miesięcy**, pozostawiając nieskreślony okres *72 miesiące** zakreślony obwódką tworzącą koło – co było jednoznaczne, że mimo nie oznaczenia okresu gwarancji w sposób wymagany przez Zamawiającego, wskazał w inny sposób jeden z okresów gwarancji.

Spśród 9. wykonawców 7. z nich wskazało czas prowadzenia prac na obiekcie i okresy gwarancji zgodnie z wymaganiem Zamawiającego przez pozostawienie bez skreślenia oferowanych okresów. Jeden z wykonawców nie skreślając żadnego z podanych: czasu prowadzenia prac na obiekcie i okresów gwarancji, zakreślił obwódką tworzącą koło czas prowadzenia prac na obiekcie 4 tygodnie jako jedyny i tylko jeden okres gwarancji 60 miesięcy. W tym przypadku, mimo innego sposobu oznaczenia oferowanego czasu prowadzenia prac na obiekcie i okresu gwarancji niż żądał Zamawiający, niewątpliwie wynika jednoznaczne wskazanie jednego oferowanego czasu prowadzenia prac i jednego okresu gwarancji.

Zamawiający przyjmując 3-tygodniowy czas prowadzenia prac na obiekcie spośród dwóch wskazanych w ofercie Przystępującego, jednostronnie dokonał interpretacji treści oferty, uznając w konsekwencji za właściwy wariant przesądzający o ilości uzyskanych punktów w kryterium oceny ofert – czas prowadzenia prac na obiekcie (40 pkt).

Izba uznała za zasadny zarzut Odwołującego co do niewłaściwego wskazania czasu prowadzenia prac na obiekcie.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 4 i ust. 3 ustawy Pzp termin wykonania zamówienia jest obligatoryjną częścią SIWZ tworzonej przez Zamawiającego, niezależnie od wartości zamówienia. Zamawiający określa termin wykonania zamówienia, wskazuje sposób jego ustalenia, ewentualne skutki z tym związane, także terminy wykonania poszczególnych robót. Oświadczenie woli wykonawcy określające termin wykonania zamówienia / określonej części robót stanowi istotną treść oferty. Oświadczenie woli w świetle art. 65 Kodeksu cywilnego należy tłumaczyć zgodnie z treścią przepisu. Okoliczności sprawy, w jakich zostało złożone oświadczenie i w świetle tych okoliczności zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, z zastrzeżeniem sformalizowanej procedury udzielania zamówień publicznych, mającej na celu wybór najkorzystniejszej oferty z zachowaniem zasady równego traktowania

wykonawców, zobowiązują Zamawiającego do interpretacji oświadczenia woli wykonawcy zgodnego z treścią SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, można byłoby też wskazać, że w okolicznościach przedstawionych w ofercie Przystępującego należałoby przyjąć, że Zamawiający przesądzając o wskazanym czasie prowadzenia prac na obiekcie, powinien był wybrać czas 6 tygodni, ponieważ jedynie ten czas nie został skreślony jako niepotrzebny i nie oznaczony dodatkowo przez Przystępującego, a więc wskazany zgodnie z literalnym opisem Zamawiającego.

Przepisy art. 36 ust. 1 pkt 13 i ust. 3 ustawy Pzp, niezależnie od wartości zamówienia, zobowiązują Zamawiającego do opisanego w SIWZ kryteriów oceny ofert z podaniem wag kryteriów i sposobu oceny ofert.

Właściwy wybór najkorzystniejszej oferty dokonywany jest wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ (art. 91 ust. 1 Pzp).

Niewłaściwa jest ocena z zastosowaniem kryteriów oceny ofert, jeżeli zakres oceny został wskazany w sposób pozwalający na wybór w toku badania i oceny ofert jednej z opcji.

W okolicznościach sprawy wystąpiła niezgodność treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ, co przy braku możliwości jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, skutkuje odrzuceniem oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przyzwyczajenie wykonawcy do określonego sposobu składania oświadczenia woli czy natłok informacji wpisywanych w ofercie, nie stanowią uzasadnienia dla interpretacji treści złożonego oświadczenia. Podnieść należy, że oferta w ścisłym znaczeniu tego pojęcia złożona w tym postępowaniu, to wyłącznie Formularz Oferty.

Izba uznała, że nie zachodzi podstawa do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – przesłanka odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z ustawą.

Wskazany w odwołaniu przepis art. 82 ust. 1 ustawy Pzp stanowi o możliwości złożenia jednej oferty. Przystępujący niewątpliwie złożył jedną ofertę, wskazał natomiast dwa terminy oznaczające czas prowadzenia prac na obiekcie, stanowiące podstawę oceny oferty z zastosowaniem kryterium o wadze 40%, co miało wpływ na wybór oferty.

II. Równoważność wymaganych parametrów

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w części II SIWZ pkt 12.1 jako *Wymiana opraw oświetleniowych w budynkach Zespołu Szkół nr 37 przy al. Stanów Zjednoczonych 24 i Szkoły Podstawowej nr 312 przy ul. Umińskiego 12.*

W części III SIWZ w pkt 20 *Wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, brak podstaw do wykluczenia oraz innych dokumentów wymaganych w postępowaniu – SKŁADANYCH NA WEZWANIE*

ZAMAWIAJĄCEGO, w pkt 2 Zamawiający wskazał: *W celu wykazania, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego [niezbędne są]: a) karty katalogowe oraz szczegółowy opis parametrów proponowanych oprav.*

W załączniku nr 9 do SIWZ *Przedmiot zamówienia i termin jego realizacji* w pkt I.1 lit. f (*Szkoła Podstawowa nr 312 przy ul. Umińskiego 12 – wymiana 24 kpl. oprav*), Zamawiający wskazał, że **Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty karty katalogowe oraz wykaz proponowanych dla tego zadania oprav.**

W pkt I.2 załącznika nr 9 Zamawiający zastrzegł:

2. *Zamawiający zastrzega, że wszystkie wskazane z nazwy materiały (wyroby) w dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót należy rozumieć, jako określenie wymaganych parametrów technicznych lub standardów jakościowych. Oznacza to, że w przypadku wskazanych z nazwy materiałów i wyrobów Zamawiający dopuszcza zastosowanie równoważnych materiałów (wyrobów), nie gorszej jakości niż opisane w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Ciężar udowodnienia, że materiał (wyrób) jest równoważny w stosunku do wymogu określonego przez Zamawiającego spoczywa na składającym ofertę (art. 30 ust. 5 ustawy Pzp). W takim wypadku Wykonawca musi przedłożyć w ofercie odpowiednie dokumenty opisujące parametry techniczne, wymagane prawem certyfikaty i inne dokumenty dopuszczające dane materiały (wyroby) do użytkowania, oraz pozwalające jednoznacznie stwierdzić, że są one rzeczywiście równoważne.*

Z powyższego wynika, że co do zasady, karty katalogowe oraz szczegółowy opis parametrów proponowanych oprav miały być składane na wezwanie Zamawiającego.

Inny wymóg dotyczył: -24 kpl. oprav dla Szkoły Podstawowej nr 312 przy ul. Umińskiego 12 – wskazano obowiązek dołączenia do oferty kart katalogowych oraz wykazu proponowanych oprav (załącznik nr 9 pkt I.1 lit. f); -zastosowanych równoważnych materiałów i wyrobów, nie gorszej jakości niż opisane w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót – wskazano obowiązek przedłożenia w ofercie odpowiednich dokumentów (...) (pkt I.2 załącznika nr 9).

Przystępujący w terminie składania ofert złożył Formularz Oferty.

Na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp (z dnia 10.09.2019 r.) złożył, załączone w przedstawionej dokumentacji postępowania, karty katalogowe dotyczące oprav (format A-4, 6 szt.: po 2 karty każdego z 3. rodzajów oprav – Celima D, Lodos S, Norte L).

Zamawiający uznał, że oferowane oprawy oświetleniowe są niezgodne z załącznikiem nr 9 do SIWZ, wskazując parametry:

Oprawa Calima D

1. miało być: wymiar 1300x210x74 (+-5%) – jest 1215x175x40
2. miało być: układ optyczny opal – jest płyta mikropryzmatyczna PMMA
3. miało być: masa oprawy < 3 kg – jest 3,8 kg

Oprawa Lodos S

1. miało być: układ optyczny opal PC – jest płyta opalizowana PMMA

Oprawa Norte

1. miało być: blacha stalowa grubości >1 mm – jest aluminiowa
2. miało być: wymiar 1190x320x60 (+/-5%) – jest 970x343x93
3. miało być: trwałość LED >60000 L80/B10 – jest 10000 L80/B50
4. miało być: układ optyczny MICRO-PRM – UGR<=22 – jest soczewka 90o+siatka ochronna.

Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia przedstawionych dokumentów o nowy wykaz proponowanych opraw wraz ze szczegółowym opisem parametrów wraz z kartami katalogowymi tychże opraw (pismo z dnia 20.09.2019 r.).

Przystępujący złożył uzupełnienie (pismo z dnia 26.09.2019 r.) zawierające: tabelaryczne zestawienie parametrów ze wskazaniem w kolumnach: wymagania SIWZ; proponowana oprawa; ocena parametru sprowadzająca się do opisów „równoważny”, „wyższy” oraz ponownie załączone te same karty katalogowe (6). Wykaz proponowanych opraw, to 3 pozycje: oprawa dla korytarzy i sal dydaktycznych, oprawa dla pomieszczeń biurowych; oprawa dla sali gimnastycznej.

Część opisowa, to: cytowana treść pkt I.2 załącznika nr 9; informacja dotycząca postępowania przetargowego z 2018 r.; zarzut, że stosowanie się do podanych wymiarów ogranicza się do jednego producenta; kwestionowanie treści SIWZ. Nie zamieszczono uzasadnienia, że rozwiązania równoważne spełniają wymagania określone przez Zamawiającego zgodnie z pkt I.2 załącznika nr 9, w którym Zamawiający powołał się na przepis art. 30 ust. 5 ustawy Pzp.

Z wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego i Przystępującego wynika, że ocena równoważności została dokonana przez porównanie parametrów z 2. kolumn zestawienia tabelarycznego zamieszczonego w piśmie Przystępującego (uzupełnienie z dnia 26.09.2019 r.): parametry wymagane i oferowane, bez uzasadnienia merytorycznego, z uznaniem równoważności przekraczającej dopuszczalną tolerancję +/-5% (w odpowiedzi na odwołanie wskazano 6,5 - 8%; na rozprawie wskazano 8,07%), w sytuacji oferowania parametrów niższych z uzasadnieniem korzystniejszej funkcjonalności.

Nie podważono dowodu Odwołującego wskazującego przekroczenie dopuszczonej tolerancji wymiarów opraw oświetleniowych, które stanowi różnicę od 6,54% do 55,00%. Przystępujący jedynie wskazał, że *oprawa D – oprawa na Sali gimnastycznej, różnica w parametrach oferowanych (55%) jest niewłaściwa. Podany przez Odwołującego w kolumnie 2 parametr z SIWZ 60, a Przystępującego 93, jest niewłaściwy. W ocenie Przystępującego, parametr SIWZ powinien wynieść 63, a nie 60 i ta różnica wyrażona w % będzie wskazywała 47,50%, a nie 55,00%.*

Wskazana różnica z zestawieniem Odwołującego nie miała większego znaczenia dla oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ, podobnie argumentacja dotycząca dostępności na rynku opraw oświetleniowych. Kwestionowanie opisu przedmiotu zamówienia i postanowień SIWZ, nie stanowiło też przedmiotu rozpoznania, również nie stanowiły przedmiotu odniesienia wyjaśnienia udzielone wykonawcom w innym postępowaniu.

W sprawie sygn. akt KIO 1521/19 (wyrok z dnia 21 sierpnia 2019 r.) Izba nie oceniała równoważności rozwiązań oraz wskazała, że *odstępstwo wielkości 0,3 mm od dopuszczonej tolerancji wymiarów opraw oświetleniowych jest nieznaczącą różnicą i nie ma wpływu na ogólny wymiar oprawy zgodnej z SIWZ.*

Reasumując, Izba uznała zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego za udowodniony.

Powyższe przesądza o naruszeniu przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – zasady równego traktowania wykonawców.

Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez Odwołującego w kwocie 10 000 zł zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia oraz zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego obejmujące kwoty: wpisu 10 000 zł i wynagrodzenia pełnomocnika 3 600, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

