

WYROK
z dnia 07 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 02 czerwca 2021 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę **FBSerwis S.A. ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Chełmno ul. Dworcowa 1, 86-200 Chełmno**

przy udziale wykonawcy **Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. ul. Toruńska 9, 26-204 Radom** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania
3. zasądza od odwołującego FBSerwis S.A. na rzecz zamawiającego Gminę Miasto Chełmno kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset złotych tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący

UZASADNIENIE

Gmina Miasto Chełmno ul. Dworcowa 1, 86-200 Chełmno, zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wymianę oświetlenia ulicznego w Chełmnie, w ramach projektu: „Modernizacja systemu oświetlenia ulicznego i parkowego na terenie miasta Chełmna”, współfinansowanego ze środków wspólnotowych EFRR w ramach regionalnego programu operacyjnego województwa kujawsko-pom. Numer referencyjny: TI.271.1(3). 2020.MM. ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S 255640196 w dniu 31 grudnia 2020 r. i w tym samym dniu na stronie internetowej Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 15 kwietnia 2021 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta złożona przez Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, oraz dokonał odrzucenia ofert w tym oferty wykonawcy FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie. Wykonawca ten, zwany dalej „odwołującym” od takiej czynności zamawiającego wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.; dalej: „ustawa PZP”) poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na jej rzekomą niezgodność z treścią SIWZ, podczas gdy Odwołujący złożył Zamawiającemu ofertę zgodną z SIWZ, zawierającą wszelkie informacje określające przedmiot oferowanego świadczenia, w tym potwierdzające wszystkie wymagane przez Zamawiającego parametry i właściwości oferowanych oprav - przedstawiając je w formacie PDF, a jedynie nie dołączył do oferty plików z danymi w formacie LDT, które to pliki zawierały tożsame dane oferowanych oprav, jednak w ujęciu numerycznym, a tym samym ewentualna niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ dotyczyła jedynie formy, nie zaś treści oferty (formatu, w jakim przekazane zostały dane dotyczące właściwości zaoferowanych oprav), przy czym:

a) przedmiotowe pliki nie służyły określeniu treści świadczenia ofertowego Odwołującego, a jedynie umożliwieniu Zamawiającemu samodzielnego przeprowadzenia obliczeń fotometrycznych (weryfikacji obliczeń przedstawionych przez Odwołującego w powszechnie stosowanym formacie PDF),

b) przedmiotowe pliki LDT dotyczące zaoferowanych przez Odwołującego oprav są publicznie dostępne na stronie internetowej i mogły być z łatwością przez Zamawiającego pozyskane z ogólnodostępnej bazy danych,

c) Zamawiający dysponował przedmiotowymi plikami LDT, bowiem tożsame pliki, dla tożsamych opraw, złożył wraz ze swoją ofertą inny wykonawca (tj. Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST sp. z o.o. w Radomiu, dalej: „ELTAST”), zatem Zamawiający miał możliwość weryfikacji prawidłowości obliczeń przedstawionych przez Odwołującego (przeprowadzenia własnych wyliczeń) na podstawie posiadanych przez siebie dokumentów;

d) wymóg przedstawienia ww. danych w konkretnym formacie LDT nie został w treści SIWZ w sposób wyraźny zastrzeżony, co usprawiedliwia przekonanie Wykonawcy, że ww. pliki nie musiały być do oferty załączone, zgodnie zaś z utrwalonym stanowiskiem orzecznictwa z zakresu zamówień publicznych, podstawą odrzucenia oferty może być tylko sprzeczność z jasno określonymi wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

2. § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1261, ze zm.; dalej: „rozporządzenie SKE”) poprzez uznanie przedłożonych przez Wykonawcę obliczeń fotometrycznych wraz z danymi technicznymi właściwośći opraw za niewystarczające, pomimo iż zostały one przekazane w jednym z formatów danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, tj. w formacie PDF - wskazanym w Załączniku nr 2 do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 2247; dalej: „rozporządzenie KRI”), a Zamawiający dysponował oprogramowaniem zdolnym do odtworzenia tego formatu, przy jednoczesnym uznaniu za nieprawidłową oferty Odwołującego jedynie z tego powodu, że nie zostały do niej załączone pliki, na podstawie których ww. obliczenia wraz z danymi technicznymi opraw zostały sporządzone, tj. pliki w formacie LDT, w sytuacji, gdy ww. format LDT w ogóle nie został w rozporządzeniu wskazany, a tym samym przekazanie dokumentów w ww. formacie w świetle § 4 rozporządzenia SKE nie byłoby prawidłowe, co oznacza, że wyłączną podstawą odrzucenia oferty Odwołującego było nieprzedłożenie dokumentu zgodnie z wymaganiem SIWZ, które nie tylko było nieprecyzyjne, ale gdyby rozumieć je w sposób przyjęty przez Zamawiającego - jako wymaganie złożenia części oferty w formacie LDT - byłoby niezgodne z § 4 rozporządzenia SKE i tym samym na mocy art. 58 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp nieważne.

3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie wyrażonej w ww. przepisach zasady

proporcjonalności wyrażającej się odrzuceniem oferty Odwołującego wyłącznie z powodu nieprzedłożenia wraz z ofertą plików w formacie Elumdat (LDT) w sytuacji, gdy:

- a. pliki te nie miały żadnego znaczenia dla ustalenia treści oferty odwołującego (oferowanego świadczenia) i nie były niezbędne do dokonania oceny oferty odwołującego, bowiem złożone przez odwołującego obliczenia fotometryczne wraz z właściwościami opraw w formacie PDF określały wszystkie istotne z punktu widzenia wymagań zamawiającego parametry oferowanego świadczenia (wskazywały, jakie dokładnie oprawy w konkretnych sytuacjach oświetleniowych - dla konkretnych ulic i w konkretnym ustawieniu - zostały przez Odwołującego zaproponowane),
- b. były dostępne dla zamawiającego,
- c. w ogóle nie były przez zamawiającego wykorzystane w procesie oceny oferty,
- d. jako dokumenty służące wyłącznie weryfikacji oświadczeń zamawiającego podlegały uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,

co oznacza, że zamawiający zastosował sankcję daleko wykraczającą poza to, co było niezbędne do zapewnienia prawidłowego toku Postępowania, a więc nieproporcjonalną do celu, któremu miałyby służyć;

4) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, tj. plików danych technicznych właściwości opraw w formacie LDT, pomimo iż procedura wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego jest obligatoryjna w takim zakresie, w jakim nie prowadzi do zmiany oferty, a w stanie faktycznym sprawy uzupełnienie plików LDT do żadnej zmiany treści oferty by nie doprowadziło, zaś zamawiający nie mógł skutecznie odstąpić od stosowania ww. procedury sanacyjnej, w szczególności w drodze zawarcia w SIWZ zapisów sprzecznych z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu uwzględnienia odwołania poprzez unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazanie ponownego badania i oceny ofert.

Uzasadniając podniesione zarzuty podał, że zamawiający opisał w dokumentacji postępowania wymagania dotyczące opraw oświetleniowych, które w ramach przedmiotu zamówienia miały być zamontowane, jednak dobór konkretnych modeli, rodzajów i typów opraw pozostawił wykonawcom.

Zamawiający podając podstawę do odrzucenia oferty odwołującego podał, że *„wobec braku załączonych danych fotometrycznych opraw w formacie Jdt, należy uznać, że wymagane w SIWZ parametry nie zostały należycie udokumentowane i nie mogą zostać*

ocenione, według założonych w SIWZ kryteriach oceny" oraz „Mając na względzie, że Wykonawca nie załączył do oferty plików fotometrycznych opraw w formacie Jdt, które umożliwiają weryfikację poprawności złożonych obliczeń fotometrycznych - oferta jest niekompletna. Obliczenia fotometryczne i dane techniczne właściwości opraw oświetleniowych stanowią integralną część oferty (treść oferty) i nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust 3 ustawy PZP. Brak możliwości poprawienia lub uzupełnienia oferty powoduje, że oferta wykonawcy nie jest prawidłowa, jest niekompletna i nie może zostać oceniona."

Odnosząc się do wymagania w zakresie potrzeby załączenia do oferty plików ldt podał, że pliki w tym formacie po wczytaniu do odpowiedniego oprogramowania specjalistycznego pozwalają na wykonanie tzw. obliczeń fotometrycznych, dotyczących w szczególności natężenia światła generowanego przez oprawy w określonych sytuacjach oświetleniowych - i tym samym do wykazania, czy dana oprawa w odpowiednim ustawieniu pozwoli na odpowiednie doświetlenie terenu (np. jezdni, chodnika i pobocza). Plik LDT, którego w niniejszym postępowaniu oczekiwał zamawiający, był więc swego rodzaju elektroniczną kartą katalogową dla każdej oferowanej oprawy, określającą wąski zestaw parametrów (parametr), tj. informacje odzwierciedlające rozkład światłości generowanej przez oprawę. Wskazał, że w stanie faktycznym sprawy ww. obliczenia fotometryczne miał opracować samodzielnie wykonawca i przekazać je zamawiającemu wraz ze składaną ofertą. Obliczenia te miały potwierdzić, że zaoferowane przez wykonawcę oprawy, w konkretnych sytuacjach oświetleniowych (określonych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania) zapewnią odpowiednie doświetlenie ulic, spełniające obowiązujące w tej mierze europejskie normy oświetleniowej. Tym samym to przede wszystkim wykonawca, nie zaś zamawiający, potrzebował danych ujętych w plikach LDT do przeprowadzenia obliczeń. Informacje o przedmiotowym parametrze, zawarte w plikach w formacie LDT, są informacjami powszechnie dostępnymi - bowiem każdy z liczących się na rynku producentów opraw udostępnia bezpłatnie i w sposób nieograniczony dostęp do takich plików na własnej stronie internetowej. W szczególności pliki takie udostępnia producent opraw zaoferowanych przez odwołującego - przedstawiciel marki Schreder, spółka Schreder Polska sp. z o.o. w Warszawie. Istotnym w tej kwestii jest również fakt, że każda oprawa (typ, rodzaj i model oprawy) posiada jeden indywidualny i niezmienny parametr w postaci krzywej rozsyłu światła. Oznacza to, że każdej określonej w ofercie odwołującego oprawie można przyporządkować jedna i tylko jedna krzywa rozsyłu światła - a tym samym również tylko jeden plik z rozszerzeniem LDT. Podał, że w stanie faktycznym sprawy nie sposób jest stwierdzić, aby wykonawca zaoferował świadczenie merytorycznie niezgodne z SIWZ (tj. oprawy nie spełniające parametrów określonych przez Zamawiającego) ani też aby w

jakikolwiek sposób nie doprecyzował swojego świadczenia. Odwołujący przedstawił dokumenty, z których wynikało spełnienie wszystkich wymogów zamawiającego. Opisał w szczególności, jakie konkretnie oprawy i w których poszczególnych sytuacjach oświetleniowych zastosuje, aby wymagane normy oświetlenia zostały spełnione. Przedstawił też obliczenia fotometryczne, które jednoznacznie potwierdziły spełnienie wymagań określonych przez zamawiającego. Wraz z obliczeniami fotometrycznymi wykonawca przedstawił informacje dotyczą właściwości technicznych oferowanych opraw, w tym diagramy przedstawiające krzywą rozsyłu światła dla każdej oprawy. Jedyny brak w ofercie odwołującego dotyczył przedstawienia właściwości opraw - rozsyłu światła w innej formie, aniżeli oczekiwał tego Zamawiającego - tj. przedstawienia ich formie diagramu w pliku w formacie pdf, nie zaś w postaci pliku tekstowego o rozszerzeniu LDT, prezentującego te dane w postaci tabeli.

Powyższe nie stanowi jednak o merytorycznej niezgodności treści oferty z SIWZ, lecz co najwyżej o niezgodności formy, w jakiej przedmiotowa informacja została przekazana (diagram wygenerowany i zobrazowany w postaci pliku PDF zamiast tabelarycznego zestawienia wartości natężenia światła). Co istotne w sprawie, przedmiotowe pliki LDT nie zawierały żadnej informacji, która byłaby niezbędna do sprecyzowania świadczenia oferowanego przez odwołującego lub też do potwierdzenia spełniania wymagań wynikających z SIWZ. Przedmiotowe pliki mogłyby służyć wyłącznie temu, aby zamawiający wczytał je we własnym oprogramowaniu do obliczeń fotometrycznych i przeprowadził we własnym zakresie takie same obliczenia, jak te przedstawione przez wykonawcę. Obliczenia fotometryczne dla oferowanych opraw wraz z danymi technicznymi właściwości opraw - rozsyłu światła opraw oświetleniowych - całej bryły światłości w formie bazy danych, umożliwiających na ich podstawie dokonanie wyliczeń parametrów oświetleniowych drogi w ogólnie dostępnym programie komputerowym do wspomaganie obliczeń w formacie eulumdat (Ldt).

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego obowiązku wezwania odwołującego do uzupełnienia brakujących plików ldt podał, że nawet gdyby uznać, że brak przedstawienia przez odwołującego ww. plików w formacie LDT stanowił o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, to przed zastosowaniem sankcji odrzucenia oferty zamawiający zobligowany byłby zastosować procedurę uzupełnienia dokumentów przewidzianą w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Podkreślił, że pliki w formacie LDT nie służyły wykazaniu cech oferowanego świadczenia, lecz jedynie ewentualnej weryfikacji prawidłowości obliczeń fotometrycznych wykonanych przez wykonawcę. Złożenie plików LDT nie konkretyzowało w żaden sposób świadczenia ofertowego wykonawcy i tym samym pozostawało bez wpływu na merytoryczną treść złożonej oferty. Uzupełnienie tych plików nie prowadziłoby więc do zmiany treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 ustawy PZP.

Niezależnie od powyższego wskazał, że w stanie faktycznym sprawy odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego stanowiło rażące naruszenie jednej z podstawowych zasad udzielenia zamówień publicznych, tj. zasady proporcjonalności. Zasada ta wymaga, by akty instytucji zamawiających nie wykraczały poza to, co odpowiednie i konieczne do osiągnięcia zamierzonych celów, przy czym jeżeli istnieje możliwość wyboru spośród wielu właściwych środków, należy stosować najmniej restrykcyjne, a wynikające z tego niedogodności nie mogą być nadmierne w stosunku do zamierzonych celów.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania, jako niezasadnego. Stwierdził, że nie kwestionuje stanu faktycznego sprawy opisanego w odwołaniu, jednakże nie zgadza się z jego interpretacją dokonaną przez odwołującego. Uzasadniając swoje stanowisko co do odrzucenia oferty odwołującego podał, że zgodnie z pkt 11.1.1. SIWZ Wykonawcy mieli obowiązek przedstawić zamawiającemu wypełniony formularz ofertowy, do którego należało załączyć:

- obliczenia fotometryczne dla oferowanych dostaw wraz z danymi technicznymi właściwości opraw - rozsyłu światła opraw oświetleniowych - całej bryły światłości w formie bazy danych, umożliwiających na ich podstawie dokonanie wyliczeń parametrów oświetleniowych drogi w ogólnie dostępnym programie komputerowym do wspomagania obliczeń w formacie eulumdat (Ldt);

- formularz kalkulacji ceny,

- sprawozdanie z badania LM-80-08 źródeł światła LED dla temp. T_s (T_c) = 55°C i 80°C wraz z prognozą zgodną ze wzorem Memorandum Technicznym TM 21 lub inny dokument równoważny (w formie elektronicznej, opatrzonej podpisem elektronicznym z ważnym kwalifikowanym certyfikatem).

Jak interpretuje te wymagania SIWZ Odwołujący, że ww. dokumenty nie służyły wyłącznie potwierdzeniu zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami Zamawiającego, lecz również definiowały przedmiot świadczenia Wykonawcy. Zamawiający zastrzegł w SIWZ, że: obliczenia fotometryczne i dane techniczne właściwości opraw oświetleniowych stanowią integralną część oferty (treść oferty) i nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP, a specyfikacja materiałów i dostaw (zawarta w formularzu kalkulacji ceny oferty) stanowi integralną część oferty (treść oferty) i nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie podkreślił, że celem uniknięcia niejasności co do treści oferty podał w SIWZ, że:

- brak w złożonej ofercie obliczeń fotometrycznych wraz z danymi technicznymi właściwości opraw spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,

- brak w złożonej ofercie kalkulacji ceny spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- brak w złożonej ofercie sprawozdania z badania LM-80-08 spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przedmiotowe dokumenty nie tylko służyły potwierdzeniu zgodności oferowanego świadczenia, ale przede wszystkim definiowały przedmiot zamówienia. Nadto dokumenty te przede wszystkim wiążą się ściśle z kryteriami oceny ofert. Dlatego też, zostały potraktowane specjalnie w treści SIWZ poprzez oddzielenie tych dokumentów od pozostałych dokumentów przedmiotowych, które w pozostawały w ścisłym związku przyczynowo-skutkowym z kryteriami oceny.

Podał, że powyższe ostrzeżenie w treści SIWZ dotyczące tych trzech dokumentów miało na celu uwrażliwienie wykonawców, że brak złożonego dokumentu z tej grupy będzie powodował w konsekwencji odrzucenie oferty.

Nawiązując do stanowiska odwołującego, podkreślił, że sam odwołujący nie kwestionuje faktu, braku podania w ofercie pliku eulmdat (Ldt), podkreślając, że dane niezbędne do wyliczenia parametrów oświetleniowych drogi, złożył w formacie pdf czyli formacie plików służącym do prezentacji, przenoszenia i drukowania treści tekstowo-graficznych. Nawiązując do roli plików ldt podał, że odwołujący w swojej argumentacji pominął istotny fakt związku wymaganych dokumentów (tu plików ldt) z kryterium oceny nr 2 t.j. moc zainstalowana. Plik charakterystyki oprawy w formacie, ldt jest dokumentem źródłowym do - fotometrii oświetlenia ulic wykazującej spełnienie Normy PN-EN 13021:2016 a z której wynika moc opraw, których suma podlegała ocenie. Brak tego dokumentu (charakterystyk opraw w formacie ldt) czynił ofertę niepełną w zakresie możliwości dokonania oceny zaproponowanej mocy systemu oświetleniowego. Ponadto brak plików ldt, jest sprzeczny w sposób oczywisty z treścią SIWZ, gdyż takie wymagania zamawiający jednoznacznie postawił dla ofert wykonawców. Podkreślił ponownie, że jednoznacznie zdefiniował treść oferty, włączając do jej zakresu m. in. obliczenia fotometryczne opraw, a tym samym w przedmiotowej sprawie, charakterystyki fotometryczne opraw w formacie ldt, stanowiące integralną część oferty.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisu art. 26 ust.3 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego podał, że zarzut ten jest niezasadny, gdyż wymagane pliki ldt stanowią treść oferty, a nie dokumenty o których mowa w art. 25 ust.1 Pzp.

Resumując swoje stanowisko – po zacytowaniu znacznej części treści orzeczenia Izby w sprawie o sygn.. KIO 788/21 podał, że zamawiający był uprawniony do odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt. 2 Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Wykonawca ten – dalej „przystępujący” w złożonym piśmie procesowym wniósł o oddalenie odwołania podając, że zamawiający w SIWZ jednoznacznie podał, jakie dokumenty mają składać się na treść oferty. Zatem, obliczenia fotometryczne oraz dane techniczne właściwości opraw miały stanowić integralną część treści oferty, a każdy z nich miał być odrębnym elementem treści oferty. Tym samym brak jednego z tych dokumentów w ofercie powodował niezgodność oferty z treścią SIWZ. Ponadto, co jest nie mniej istotne, każdy ten dokument winien być opatrzony podpisem elektronicznym z ważnym kwalifikowanym certyfikatem. Oferta przystępującego została uznana za zgodną z treścią SIWZ bowiem do formularza oferty przystępujący dołączył zarówno obliczenia fotometryczne jak i dane techniczne właściwości opraw, przy czym, wszystkie te dokumenty zostały opatrzone podpisem elektronicznym. Odwołujący do formularza ofertowego nie dołączył danych technicznych właściwości opraw. Zamawiający nie mógł inaczej postąpić, niż odrzucić ofertę odwołującego. Taki obowiązek wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, który mówi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podkreślił, że nie można zgodzić się z tezą odwołującego, że wymaganie w tym zakresie było nieprecyzyjne. Podał, że odwołujący zapewne niezwłocznie po publikacji SIWZ zapoznał się z jej treścią i wówczas nie budziła ona żadnych wątpliwości u niego, była jasna i zrozumiała, bowiem odwołujący w żaden sposób nie kwestionował jej postanowień, ani też nie zadawał pytań by wyjaśnić to, co jego zdaniem jest nieprecyzyjne bądź niezgodne z Pzp. Nie do przyjęcia jest też teza odwołującego, że *„przedmiotowe pliki nie służyły określeniu treści świadczenia ofertowego Odwołującego, a jedynie umożliwienie Zamawiającemu samodzielnego przeprowadzenia obliczeń fotometrycznych (weryfikacji obliczeń przedstawionych przez Odwołującego w powszechnie stosowanym formacie PDF),”*. Podał, że odwołujący w uzasadnieniu bardzo precyzyjnie wyjaśnia co zawierają te pliki i po co one są, cyt. *„ Pliki w tym formacie po wczytaniu do odpowiedniego oprogramowania specjalistycznego pozwalają na wykonanie tzw. obliczeń fotometrycznych, dotyczących w szczególności natężenia światła generowanego przez oprawy w określonych sytuacjach oświetleniowych - i tym samym do wykazania, czy dana oprawa w odpowiednim ustawieniu pozwoli na odpowiednie doświetlenie terenu (np. jezdni, chodnika i pobocza).”*. To te właśnie dane i informacje w nich zawarte wyznaczają parametry oferowanych opraw oświetleniowych, ich konfiguracje oraz sposób w jaki odwołujący oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia. Niewątpliwie, zdaniem

przystępującego to te dane techniczne właściwości opraw, określają treść świadczenia ofertowego, co powoduje, że stanowią istotny element treści oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i przystępującego oraz w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy w tym odpowiedzi zamawiającego na odwołanie i pisma procesowego złożonego przez przystępującego uznała, że odwołanie jako niezasadne podlega oddaleniu.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek z art. 528 Pzp skutkującej odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła także, iż odwołujący spełnia przesłanki do korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia

Odnosząc się do stanu faktycznego sprawy Izba w oparciu o stanowiska stron i przystępującego uznała, że stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie i jest właściwie bezsporny. Strony nie wnosiły również o jego uzupełnienie przed zamknięciem rozprawy. Odwołujący i zamawiający różnili się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z wyeksponowanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich oceny prawnej.

Osią sporu pomiędzy stronami była kwestia, czy zamawiający miał prawo odrzucić ofertę odwołującego w sytuacji, kiedy do oferty nie zostały załączone pliki obliczeń fotometrycznych dla oferowanych dostaw wraz z danymi technicznymi właściwości opraw - rozsyłu światła opraw oświetleniowych w formacie eulmdat Ltd. Zauważyć należy, że odwołujący nie kwestionował - a tym samym był to element niesporny pomiędzy stronami, iż do jego oferty nie zostały dołączone pliki z danymi w formacie ldt (strona 2 odwołania). Jednakże odwołujący kwestionował rolę tych plików w ofercie wskazując, że pliki te nie służyły określeniu treści oferty, lecz mogły służyć zamawiającemu jedynie w celu „samodzielnego przeprowadzenia obliczeń fotometrycznych”, czyli weryfikacji danych podanych w ofercie przez odwołującego.

W przedmiotowym zakresie zamawiający w SIWZ - Rozdział 11.1.1. *Inne dokumenty lub oświadczenia wymagane w postępowaniu* w pkt. 5 postawił wymaganie, że „Do wypełnionego i podpisanego formularza oferty (treści oferty) Wykonawca winien dołączyć: *obliczenia fotometryczne dla oferowanych opraw wraz z danymi technicznymi właściwości opraw - rozsyłu światła opraw oświetleniowych - całej bryły światłości w formie bazy danych,*

umożliwiających na ich podstawie dokonanie wyliczeń parametrów oświetleniowych drogi w ogólnie dostępnym programie komputerowym do wspomagania obliczeń w formacie eulumdat (Ldt). Obliczenia fotometryczne i dane techniczne właściwości opraw oświetleniowych stanowią integralną część oferty (treść oferty) i nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (w formie elektronicznej, opatrzonej podpisem elektronicznym z ważnym kwalifikowanym certyfikatem)”.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający stwierdził nadto, że ww. dokumenty nie służyły wyłącznie potwierdzeniu zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego, lecz również definiowały przedmiot świadczenia wykonawcy, gdyż wiązały się przede wszystkim z kryterium oceny ofert. Podkreślił, że plik charakterystyki oprawy w formacie, ldt jest dokumentem źródłowym do - fotometrii oświetlenia ulic, wykazującej na spełnienie Normy PN-EN 13021:2016 z której to wynika moc opraw, których suma podlega ocenie.

Przechodząc do oceny zasadności podniesionego zarzutu co do braku podstaw do odrzucenia oferty i naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust.1 pkt 2 Pzp na wstępie, zdaniem Izby należy dokonać oceny czy przedmiotowe pliki stanowiły treść oferty, czy tylko służyły potwierdzeniu parametrów oferowanych lamp.

W orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych ugruntowane jest stanowisko, że o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Należy mieć na uwadze, iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom.

Na gruncie przepisów Pzp treść oferty to oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym stanowiące jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Kryterium rozróżniającym i decydującym o odmiennej kwalifikacji dokumentów przedmiotowych jest cel ich składania oraz zakres informacji wynikający z ich treści. Biorąc pod uwagę dosłowną treść art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, można by uznać, że każdy dokument dookreślający treść oświadczenia woli wykonawcy (treść oferty) jest jednocześnie dokumentem przedmiotowym (w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp), gdyż potwierdza że np. oferowana dostawa, usługa lub robota budowlana spełnia wymagania określone przez zamawiającego w treści SIWZ.

Takie rozumowanie jest jednak zdaniem Izby, niezgodne z art. 87 ust. 1 Pzp, w której ustawodawca zakazuje jakichkolwiek zmian w treści oferty za wyjątkiem okoliczności wskazanych w ustępie drugim tego artykułu. Dlatego też należy przyjąć, że art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp dotyczą różnych zagadnień.

Oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp (tzw. „dokumenty przedmiotowe”) odnoszą się bezpośrednio do właściwości przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy i co do zasady mogą stanowić treść oferty. Status prawny oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp zależy od celu, w jakim zamawiający żąda tych oświadczeń i dokumentów. Zupełnie inny będzie status oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, w sytuacji, gdy dokumenty te zawierają np. wartości parametrów technicznych lub cechy funkcjonalne stanowiące kryteria oceny ofert. W takim przypadku zamawiający może żądać złożenia wraz z ofertą dokumentu zawierającego wartość parametrów technicznych lub cechy funkcjonalne podlegające ocenie w ramach oceny ofert.

Izba podkreśla w oparciu o powyższe ustalenia, iż nie ma definicji legalnej wskazującej jednoznacznie, który dokument wymagany przez zamawiającego stanowi treść oferty, a który służy potwierdzeniu, że oferowane rozwiązania stanowią spełnienie wymagań zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia. To najczęściej zamawiający w treści SIWZ wskazuje jak dany dokument należy ocenić i tym samym w przypadku jego braku lub niewłaściwej formy, czy możliwe jest jego uzupełnienie w trybie art. 26 ust.3 Pzp. Izba uznała, że wymagania zamawiającego w zakresie obliczeń fotometrycznych w formacie ldt zostały w sposób jednoznaczny uznane za treść oferty i tym samym nie podlegają uzupełnieniu. Powyższy brak stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i tym samym w oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt 2 oferta odwołującego została zasadnie odrzucona. Tym samym ocenianie dalszych kwestii co do możliwości samodzielnego pozyskania przez zamawiającego takich plików ma znaczenie drugorzędne, gdyż nie ma wpływu na wynik postępowania odwoławczego.

Izba zauważa, że stanowisko odwołującego, iż wymagania zamawiającego co do konieczności załączenia do oferty plików ldt nie było podane w sposób jednoznaczny, a tym samym niejasności co do treści SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawcy, jest niezasadne. Otóż w tej kwestii wskazać należy, iż wykonawca w takiej sytuacji winien co najmniej zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ w trybie art. 38 Pzp, lub złożyć odwołanie do KIO na treść postanowień SIWZ. W tym zakresie Sąd Najwyższy w wyroku z 5 czerwca 2014 r., sygn. akt: IV CSK 626/13 wskazał, że niezwrócenie się przez wykonawcę do zamawiającego – w razie uzasadnionych wątpliwości – o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, może uzasadniać zarzut

niedochowania należytej staranności zawodowej (art. 355 § 2 KC). Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 156/16; KIO 161/16 wskazała, że w art. 38 Pzp w zw. z art. 354 § 2 k.c. ustanowiono zarówno uprawnienie, jak i obowiązek zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ.

Za niezasadne Izba uznała pogląd odwołującego, iż w przedmiotowym stanie faktycznym, jeżeli zamawiający koniecznie potrzebował dla oceny treści oferty w zakresie prawidłowości obliczeń fotometrycznych, to mógł pliki ldt pozyskać ze strony internetowej producenta lamp lub z oferty innego wykonawcy, który do oferty takie pliki załączył. Izba zauważa, że uszło uwadze odwołującego iż proponuje „wyjście z sytuacji” w sposób nieznanym ustawie Pzp. Podkreślić należy, że zamawiający dokonuje badania prawidłowości i poprawności danej oferty w oparciu o treści w niej zawarte. Jeśli wykonawca wymaganego dokumentu stanowiącego treść oferty nie złożył wraz z ofertą to zamawiający nie ma co oceniać, jak i wyjaśniać, gdyż wyjaśnieniu może podlegać niejasna treść, która w ofercie jest zawarta. Jeśli chodzi o możliwość pobrania plików ze strony internetowej producenta to Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego, iż pliki zawarte na stronach internetowych mogą być już nieaktualne dla danego typu opraw i tym samym zasadnie wymagał, aby to wykonawca podał szczegółowo te pliki po to, aby zamawiający celem sprawdzenia podanych wyliczeń mógł samodzielnie wykonać obliczenia analityczne. Próba jakiegokolwiek samodzielnego działania zamawiającego w celu pozyskania plików ldt byłaby nie tylko niedopuszczalna przez przepisy Pzp, gdyż to wykonawca winien złożyć ofertę zawierającą komplet wymaganych dokumentów, ale nadto każda wymagana z trzech części oferty winna być potwierdzony przez wykonawcę kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co w sytuacji samodzielnego pozyskania plików przez zamawiającego byłoby niespełnione.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i dokonaną ocenę podniesionych zarzutów, odwołanie zostało oddalone w całości, a tym samym całością kosztów postępowania został obciążony odwołujący.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: