

WYROK
z dnia 18 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Odrzywolska**

Protokolant: **Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2020 r. przez wykonawcę: **LUG Services Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze;**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Poniatowa;**

przy udziale wykonawcy: **Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę: Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem zwrotu kosztów 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 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r., poz. 2020) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Poniatowa - dalej „zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja oświetlenia drogowego oraz dobudowa nowych punktów i linii oświetleniowych w Gminie Poniatowa dofinansowanego ze środków Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Lublinie”; numer referencyjny: INP.271.13.2020 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 lipca 2020 r. pod numerem 564847-N-2020.

W dniu 15 grudnia 2020 r. przez wykonawcę: **LUG Services Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** (dalej „odwołujący”) zostało wniesione odwołanie wobec czynności zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania strony;
2. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę: Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu (dalej „przystępujący” lub „ELTAST”, podczas gdy oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu;
3. art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie przez zamawiającego, iż oferta ELTAST odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), podczas gdy w rzeczywistości oferta ta była niezgodna z treścią SIWZ;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty ELTAST jako oferty niegodnej z treścią SIWZ.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; powtórzenia czynności badania ofert; odrzucenia oferty ELTAST, jako niespełniającej wymogów SIWZ; powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej; a także zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym uiszczonych przez odwołującego wpisów

od odwołania, kosztów wynagrodzenia pełnomocnika przedstawionych w późniejszym toku postępowania.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący przywoływał opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu, zamieszczony w SIWZ zwracając uwagę, że zamawiający wymagał w załączniku nr 1 do SIWZ - Programie Funkcjonalno - Użytkowym (w p. 1.3.3., s. 16): „W ramach wymiany obecnych opraw (rtęciowych i sodowych) oraz dla dowieszenia opraw i dobudowy nowych punktów oświetleniowych wskazanych w pkt 1.1 Przedmiot zamówienia zakłada się zastosowanie co najmniej 8 typów oprawy na źródła światła LED o określonych w Załączniku nr 10 - Wytyczne dla opraw oświetleniowych LED - parametrach oświetleniowych, oraz o następujących cechach wspólnych: (a) w celu ujednoczenia wizerunku gminy oferowane oprawy uliczne muszą pochodzić od jednego producenta, muszą być malowane na jednakowy kolor z palety RAL oraz posiadać jednakowy korpus (w jednej formie i rozmiarze)”.

Wykonawca ELTAST potwierdził w swojej ofercie, iż proponuje oprawy w trzech rozmiarach korpusu (BGP281, BGP282 i BGP283), co jest niezgodne z wymogami SIWZ i PFU.

Zdaniem odwołującego argumentacja wykonawcy, iż w SIWZ było odniesienie tylko do załącznika nr 10 i 11 dla wymiany opraw jest chybiona, gdyż PFU stanowi integralną część SIWZ i zgodnie z cytowanym zapisem na str. 16, opisane wymagania dotyczą zarówno opraw do wymiany, jak i opraw do dowieszenia i dobudowy.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia próbek w trakcie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Dalej odwołujący podniósł, że zamawiający w odniesieniu do korpusu opraw wskazał w załączniku nr 1 do SIWZ - Programie Funkcjonalno - Użytkowym (w p. 1.3.3.): „(f) dostęp do komory zasilania powinien odbywać się od góry, w celu ułatwienia przyszłych prac konserwacyjnych”.

Wykonawca ELTAST w kartach technicznych proponowanych opraw przedstawił zapis o dostępie do komory zasilania od góry. Konfrontacja z rzeczywistym wyglądem i funkcjonalnością opraw BGP 281, 282 i 283 pokazuje, że dostęp do komory zasilania następuje od dołu - tam są śruby mocujące, które od dołu trzeba wykręcić, aby dostać się do komory zasilania. Tym samym wykonawca nie spełnił wymogów SIWZ i załączników, a zamawiający powinien jego ofertę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodną z treścią SIWZ.

Zamawiający, w dniu 16 grudnia 2020 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W dniu 18 grudnia 2020 r., wykonawca: **Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu**, zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający, działając w oparciu o przepis art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, ofertą złożoną przez przystępującego, po zapoznaniu się z odwołaniem i stanowiskiem procesowym zamawiającego zawartym w złożonym piśmie procesowym, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący ubiega się o przedmiotowe zamówienie. Objęta odwołaniem czynność zamawiającego dopuszcza udział w dalszym toku postępowania podmiotowi, którego oferta w ocenie odwołującego podlega odrzuceniu. Odwołujący ma zatem interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z ustawą Pzp czynności zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na interes odwołującego w postępowaniu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej. Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane w sprawie i złożone na rozprawie przez odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z pkt 3.1 SIWZ są roboty budowlane obejmujące modernizację oświetlenia drogowego oraz dobudowę nowych punktów i linii oświetleniowych w Gminie Poniatowa. Zamawiający opisał zakres zamówienia w następujący sposób: (3.2.1) Wymiana istniejących opraw oświetlenia ulicznego starego typu na oprawy LED w ilości 1100 szt. na terenie Gminy Poniatowa, w tym oprawy ozdobne, zgodnie z załącznikiem nr 10 do SIWZ pn. „Wytyczne dla opraw oświetleniowych LED” oraz załącznikiem nr 11 do SIWZ pn. „Zestawienie ilości i mocy projektowanych opraw oświetleniowych dla poszczególnych punktów zapalania na terenie miasta i gminy Poniatowa”. Moc sumaryczna 1100 opraw po wymianie, bez uwzględnienia zmiennego profilu mocy, nie może przekroczyć 43,42 kW. Wymiana styczników i bezpieczników. Obecne łączne zużycie energii elektrycznej przez 1100 opraw to 508 479 kWh. Zamawiający zakłada, że wmiennie podlegać będzie ilość co najmniej 200 wysięgników i należy to w kalkulować w cenę zadania. Długości nowych wysięgników powinny wynikać z poprawnych obliczeń oświetleniowych w celu zapewnienia spełnienia normy oświetleniowej. Wykonawca odpowiada za demontaż obecnie zamontowanych opraw sodowych oraz ich utylizację a także montaż nowych opraw oświetlenia ulicznego LED. (3.2.2) Dobudowa oświetlenia na terenie Gminy Poniatowa (słupy ocynkowane, wysięgniki, linia kablowa, oprawa LED), w tym: (3.2.2.1) dowieszenie co najmniej 367 nowych punktów świetlnych na istniejących słupach i liniach PGE, w tym 25 sztuk na słupach bez linii zasilającej, zgodnie z PFU oraz załącznikiem nr 10 „Wytyczne dla opraw oświetleniowych LED”. Łączna moc sumaryczna 367 opraw do dowieszenia, bez uwzględnienia zmiennego profilu mocy, nie może przekroczyć 16,92 kW. Zamawiający posiada uzgodnienia z PGE Dystrybucja SA w zakresie dowieszenia nowych punktów wg istniejących projektów, uzyskanie wszelkich pozostałych niezbędnych zgód, dopuszczeń i uzgodnień leży po stronie Wykonawcy, jak również uzyskanie późniejszych odbiorów i zatwierdzeń. (3.2.2.2) budowa łącznie 200 nowych punktów świetlnych na nowych liniach o łącznej długości około 14.500 mb (ilość szacunkowa), zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ - Programem Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) i załącznikami do PFU (załącznik nr 9 - lokalizacja nowych punktów świetlnych na nowych liniach oraz załącznik nr 10 - Wytyczne dla opraw oświetleniowych LED), w systemie „Zaprojektuj i Wybuduj”. Łączna moc sumaryczna 200 opraw przewidzianych do dobudowy nie może przekroczyć 8,71 kW. Zamawiający nie posiada uzgodnień z PGE Dystrybucja SA w zakresie dobudowy nowych punktów, uzyskanie wszelkich niezbędnych zgód i uzgodnień leży po stronie Wykonawcy, jak również uzyskanie późniejszych odbiorów i zatwierdzeń. Uruchomienie nowego oświetlenia leży również w zakresie zadania. Obecnie na projektowanych odcinkach Gmina nie posiada urządzeń oświetlenia drogowego. Celem inwestycji jest zapewnienie oświetlenia w miejscach dotychczas nieoświetlanych, przy

zachowaniu właściwych parametrów oświetleniowych, zgodnie z wymaganymi normami dla klas dróg. (3.2.2.3) Wyniesienie punktów zapalania ze stacji transformatorowych, wraz z zaprojektowaniem i uzyskaniem niezbędnych zezwoleń w ilości co najmniej 15 szt. Dla zadań opisanych w pp. 3.2.2.1, 3.2.2.2 i 3.2.2.3 Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przed przystąpieniem do prac budowlanych przeprowadził inwentaryzację istniejących szafek zasilających, zarówno wydzielonych, jak i zlokalizowanych w stacjach trafo, oraz docelowo zaproponował zmniejszenie liczby istniejących szafek SOU poprzez połączenie niektórych obwodów zasilania i redukcję ilości liczników. Ostateczną propozycję wyniesienia szafek SOU oraz redukcji obwodów zasilania zatwierdzi Zamawiający, i taki zatwierdzony projekt będzie podstawą do wyliczenia ewentualnej dodatkowej wartości zamówienia. Po wykonaniu montażu Zamawiający oczekuje od Wykonawcy sporządzenia inwentaryzacji powykonawczej, określającej ilości szafek SOU oraz poziomy zainstalowanej mocy opraw na każdym indywidualnym obwodzie z szafką SOU celem wystąpienia do OSD z wnioskiem o redukcję mocy zainstalowanej. (3.3) Ubezpieczenie na okres 36 miesięcy od daty odbioru końcowego inwestycji, obejmujące zamontowane oprawy oświetleniowe oraz nowe słupy i wszystkie pozostałe elementy zadania objętego niniejszym postępowaniem. Cena za w/w ubezpieczenie musi być ujęta w cenie oferty. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przed podpisaniem umowy złożył promesę instytucji ubezpieczeniowej potwierdzającą gotowość zawarcia umowy ubezpieczenia w formie polisy płatnej jednorazowo za okres 3 lat, bez regresu i zmiany stawki w tym okresie. Promesa powinna zawierać informację o bazowej wartości procentowej ubezpieczenia w stosunku do wartości inwestycji. Ubezpieczenie powinno obejmować co najmniej: (a) Zdarzenia i katastrofy naturalne: powódź, huragan, gradobicie, uderzenie pioruna, trzęsienie ziemi, osunięcie lub zapadanie się ziemi, lawina, napór śniegu lub lodu, zalanie cieczami, eksplozja, pożar, mróz, dym, sadza, upadek drzewa lub innych elementów naturalnych; (b) Wandalizm, rabunek, celowe uszkodzenie oraz kradzież z włamaniem, (c) Katastrofa budowlana, upadek lub osunięcie się kominów, budynków, masztów, dźwigów oraz innych elementów architektury i wytworów człowieka, (d) Uderzenie pojazdu, uderzenie fali dźwiękowej, (e) Inne nienazwane ryzyka. (3.4) Dokumentacja powykonawcza - format zapisu *.pdf, *.shp, *.xlsx lub inny ogólnodostępny format, zawierającą szczegółową inwentaryzację nowobudowanego i istniejącego oświetlenia, stacji zasilających oraz linii drogowego oświetlenia. Szczegółowy zakres prac składających się na przedmiot niniejszego zamówienia zawarto: (i) Program Funkcjonalno-Użytkowy stanowiący Załącznik nr 1 do SIWZ; (ii) Lokalizacja nowych punktów świetlnych w systemie „Zaprojektuj i Wybuduj” - Załącznik nr 9 do SIWZ; (iii) Wytyczne dla opraw oświetleniowych - Załącznik nr 10 do SIWZ; (iv) Zestawienie ilości i mocy projektowanych opraw oświetleniowych dla poszczególnych punktów zapalania na terenie miasta i gminy Poniatowa załącznik nr 11. (3.6) Przedmiot zamówienia będzie wykonywany

zgodnie z zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, zgodnie z obowiązującymi przepisami, normami oraz na warunkach ustalonych z Wykonawcą na podstawie umowy. (3.7) W trakcie przygotowywania oferty Wykonawca winien dokonać wizji lokalnej na terenie prowadzenia przyszłych prac.

Dalej Izba ustaliła, że załącznikiem nr 1 do SIWZ był Program Funkcjonalno-Użytkowy. W dokumencie tym opisano zakres zamówienia, analogicznie jak w treści SIWZ. Jednocześnie w punkcie 1.3.3 opisano wymagania dla opraw oświetleniowych, w tym także w podpunkcie dodatkowe wymaganie dotyczące opraw oświetleniowych i sterowania, lit a) zapisano, że w celu ujednoczenia wizerunku gminy oferowane oprawy uliczne muszą pochodzić od jednego producenta, muszą być malowane na jednakowy kolor z palety RAL oraz posiadać jednakowy korpus (w jednej formie i rozmiarze). Ponadto, zgodnie z PFU zamawiający zastrzegł sobie prawo do żądania okazania dodatkowych dokumentów potwierdzających oferowane parametry techniczno-użytkowe opraw, w tym dostarczenia próbek opraw. Parametry ujęte w dokumentach technicznych (karty, certyfikaty, atesty itp.) muszą być zgodne z danymi technicznymi podawanymi na ogólnodostępnych stronach producentów opraw (budowa, wymiary, skuteczność świetlna, żywotność itp.).

Z kolei we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ, w §1 opisano przedmiot umowy w następujący sposób: (ust. 1) Zamawiający zleca, a Wykonawca przyjmuje do realizacji zadanie pn.: „Modernizacja oświetlenia drogowego oraz dobudowa nowych punktów i linii oświetleniowych w Gminie Poniatowa”. (ust. 2) Szczegółowy zakres oraz sposób wykonania robót budowlanych określa: (i) specyfikacja istotnych warunków zamówienia, stanowiąca załącznik nr 1 do umowy, (ii) PFU wraz z załącznikami, stanowiąca załącznik nr 2 do umowy, (iii) oferta Wykonawcy, stanowiąca załącznik nr 3 do umowy, (iv) harmonogram rzeczowo-finansowy, o którym mowa w § 2 ust. 4, stanowiący załącznik nr 4 do umowy. (ust. 5) Wszystkie wykonane roboty i dostarczone urządzenia, materiały będą zgodne z dokumentacją SIWZ i PFU. W przypadku, gdy materiały lub roboty nie będą w pełni zgodne z tymi dokumentami i wpłynie to na niezadowalającą jakość elementu budowli, to takie materiały zostaną zastąpione innymi, a elementy budowli będą rozebrane i wykonane ponownie na koszt Wykonawcy. Wykonawca o wykryciu błędów w dokumentacji projektowej winien natychmiast powiadomić Inspektora Nadzoru Inwestorskiego, który w porozumieniu z projektantem podejmie decyzję o wprowadzeniu odpowiednich zmian i poprawek. (ust. 6) Przedmiot umowy należy wykonać zgodnie z dokumentacją SIWZ i PFU oraz obowiązującymi przepisami prawa, sztuką budowlaną, wiedzą techniczną, zawartą z Zamawiającym umową, uzgodnieniami z Zamawiającym dokonanymi w trakcie realizacji przedmiotu umowy. Wykonawca zobowiązany jest do dokładnego sprawdzenia ilości robót z dokumentacją SIWZ.

Ponadto Izba ustaliła, że ELTAST złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, deklarując w załączniku nr 10 do SIWZ, iż proponuje oprawy w trzech rozmiarach korpusu (BGP281, BGP282 i BGP283). Jednocześnie, na wezwanie zamawiającego do złożenia próbek - przedłożył oferowane oprawy.

Pismem z 10 grudnia 2020 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ELTAST.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający wskazuje, który to pogląd można uznać za ugruntowany w doktrynie i orzecznictwie, że zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ma miejsce w przypadku, gdy niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, przy czym dotyczyć musi ona sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania deklarowanego w ofercie. Polegać ona może także na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/ świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które są również w SIWZ zamieszczone). Zawsze także winno być możliwe wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ (tak np. w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 maja 2019 r., sygn. akt: KIO 775/19). Badanie przez zamawiającego treści oferty i ocena składanych przez wykonawcę oświadczeń, pod kątem zgodności przedmiotu oferowanego z zamawianymi dostawami, usługami czy robotami budowlanymi, polegać winna zatem zawsze na porównaniu wymagań stawianych w SIWZ z treścią złożonej przez wykonawcę oferty. W przypadku jednoznacznego stwierdzenia, że zawarte tam oświadczenie, na przykład co do parametrów oferowanego rozwiązania, nie odpowiada opisanemu przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej, istnieje podstawa do odrzucenia oferty.

Przypomnieć należy również, że SIWZ jest dokumentem, który ma kluczowe znaczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z jednej strony ma

decydujące znaczenie dla wykonawców, którzy na jej podstawie podejmują decyzję o udziale w postępowaniu i przygotowują ofertę zgodną z wymaganiami oraz potrzebami zamawiającego, z drugiej jest to dokument na podstawie którego zamawiający dokonuje oceny złożonych ofert w sposób, który musi być zgodny z postawionymi tam wymaganiami i zasadami. Z tych powodów ustawodawca opisał jaka powinna być zawartość SIWZ, wprowadzając przepis art. 36 ustawy Pzp.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, skład orzekający doszedł do przekonania, że zamawiający dokonał oceny oferty, złożonej przez przystępującego w sposób niezgodny z wymaganiami skwantyfikowanymi i opisanymi jednoznacznie w treści SIWZ. Ponadto, na etapie oceny złożonych ofert, dokonuje interpretacji zapisów, które sam wskazał w dokumentacji przetargowej, jako obowiązujące.

Nie ulega wątpliwości, że zgodnie z PFU, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, który opisywał przedmiot zamówienia, który zrealizować winien wykonawca, w punkcie 1.3.3 zamieszczono wymagania dla opraw oświetleniowych. W podpunkcie dodatkowe wymaganie dotyczące opraw oświetleniowych i sterowania, lit a) zapisano, że w celu ujednoczenia wizerunku gminy oferowane oprawy uliczne muszą pochodzić od jednego producenta, muszą być malowane na jednakowy kolor z palety RAL oraz posiadać jednakowy korpus (w jednej formie i rozmiarze). Tymczasem przystępujący zaoferował oprawy w trzech różnych rozmiarach korpusu, co wynika zarówno z treści oferty, jak też obrazują próbki złożone w postępowaniu (każda z trzech okazanych próbek była w innym rozmiarze, w zależności od ilości diod LED, które zostały umieszczone w oprawie).

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego i przystępującego co do tego, że prace wykonywane w ramach przedmiotu zamówienia obejmowały dwa odrębne zakresy, a treść SIWZ opisywała niezależnie wymagania dotyczące dobudowy oświetlenia i wymiany istniejących opraw oświetlenia ulicznego. Z niezrozumiałych powodów zamawiający pomimo tego, że PFU opisywał zadanie, które musi zostać zrealizowane jako całość, gdyż jak sam przyznał w PFU zawarto analogiczne zapisy jak w treści SIWZ, odnoszące się zarówno do wymiany opraw (pkt 1.1.1), jak też dobudowy oświetlenia (pkt 1.1.2) stwierdził jednocześnie, że do opraw objętych zakresem prac polegających na wymianie istniejących opraw na nowe oprawy LED - nie miały zastosowania wymagania PFU odnoszące się do jednakowego korpusu oprawy (w jednej formie i rozmiarze). Takie wnioski nie płyną ani z treści SIWZ, ani z PFU. Dokument ten przewiduje to wymaganie, odnosząc je do całego realizowanego przez wykonawcę zamówienia, nie precyzuje bowiem, że wymaganie to odnosi się do części realizowanego zakresu, ale znalazło się w miejscu w którym opisano wymagania dotyczące wszystkich opraw.

Stanowisko zamawiającego jest sprzeczne zarówno z uregulowaniami SIWZ, jak i PFU. Dostrzec należy, że zgodnie z pkt 3.1 SIWZ przedmiotem zamówienia są roboty

budowlane, które obejmują zarówno wymianę, jak i dobudowę opraw. W punkcie 3 SIWZ wskazano, że szczegółowy zakres prac składający się na cały przedmiot zamówienia zawarty jest m.in. w PFU. Również z treści samego PFU wynika, że ten odnosi się do całego zakresu przedmiotu zamówienia. Wskazuje na to przywoływany wcześniej punkt 1.3.3, ale także 1.2.2, gdzie zawarto wymagania odnośnie realizacji. W literach „c” i „d” opisano szczegółowe parametry opraw, które będą dowieszone i dobudowane. Analogiczne zapisy zawarto również we wzorze umowy, między innymi w §1, w którym opisano przedmiot umowy w następujący sposób: (ust. 1) Zamawiający zleca, a Wykonawca przyjmuje do realizacji zadanie pn.: „Modernizacja oświetlenia drogowego oraz dobudowa nowych punktów i linii oświetleniowych w Gminie Poniatowa”. (ust. 2) Szczegółowy zakres oraz sposób wykonania robót budowlanych określa: (i) specyfikacja istotnych warunków zamówienia, stanowiąca załącznik nr 1 do umowy, (ii) PFU wraz z załącznikami, stanowiąca załącznik nr 2 do umowy, (iii) oferta Wykonawcy, stanowiąca załącznik nr 3 do umowy, (iv) harmonogram rzeczowo-finansowy, o którym mowa w § 2 ust. 4, stanowiący załącznik nr 4 do umowy. (ust. 5) Wszystkie wykonane roboty i dostarczone urządzenia, materiały będą zgodne z dokumentacją SIWZ i PFU. Nie ulega zatem wątpliwości, że PFU był dokumentem kluczowym, opisującym zakres zamówienia i precyzującym wymagania odnoszące się do sposobu jego realizacji.

Zamawiający tłumaczył również, że myśląc o ujednoczeniu miał na myśli jednakowe oprawy na ulicy czy w danej miejscowości, a nie konieczność zamontowania jednakowych opraw w pełnym zakresie. Również to stanowisko nie znajduje odzwierciedlenia w takich dokumentach jak SIWZ czy PFU. To jak rozumiał zamawiający wskazane wymaganie, dotyczące ujednoczenia, wynika z definicji zawartej w pkt 1.3.3 PFU, tj. jednakowe korpusy opraw, a więc oprawy w jednej formie i jednym rozmiarze. Zamawiający nie może dokonywać na etapie oceny złożonych ofert innej interpretacji, niż wynika to z brzmienia dokumentów przekazanych wykonawcom w postępowaniu. Ponownie należy podkreślić, że to one są wiążące zarówno dla wykonawcy, który ma obowiązek przygotować i złożyć ofertę zgodnie z opisanymi tam parametrami i zasadami, a zamawiający dokonuje oceny wyłącznie w oparciu o wymagania, które sam określił i ustalił.

Tym samym zamawiający, winien podjąć decyzję o odrzuceniu oferty ELTAST stwierdzając, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ, albowiem nie spełnia wymagań odnośnie jednakowego korpusu opraw.

Jednocześnie skład orzekający nie podzielił zastrzeżeń odwołującego w zakresie, w jakim podnosił on, że oferta ELTAST jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż dostęp do komory zasilania nie odbywa się od góry.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że określenie „dostęp do komory zasilania powinien odbywać się od góry” oznacza tylko tyle, że pokrywa komory ma być otwierana od

góry. Bez znaczenia zatem pozostaje kwestia, że celem otwarcia komory należy odkręcić śruby znajdujące się na dole. Ta czynność zmierza wprawdzie do otwarcia komory, ale już sam dostęp, po odkręceniu śrób ma miejsce od góry. Potwierdził to dowód z okazania próbek, przeprowadzony na rozprawie.

Odnosząc się do przedstawionych przez odwołującego na tą okoliczność dowodów, które miały prezentować rozwiązania w których oprócz tego, że komora otwierana jest od góry, to również śruby znajdują się na górze, Izba uznała je za nieprzydatne do rozstrzygnięcia sprawy. Należy zgodzić się z zamawiającym, że w treści SIWZ nie sformułowano wymogu dotyczącego lokalizacji samego zamka, a zatem ta jest bez znaczenia dla oceny opisywanego wymagania.

Z powyższych powodów Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący: