

Sygn. akt: KIO 788/21

WYROK

z dnia 19 kwietnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2021 r. przez **SPIE Elbud Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Sandomierz z siedzibą w Sandomierzu**

przy udziale wykonawcy Centrum Zaopatrzenia Energetyki Eltast Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 788/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **SPIE Elbud Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **SPIE Elbud Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego **SPIE Elbud Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku** - na rzecz zamawiającego **Gminy Sandomierz z siedzibą w Sandomierzu** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia jednego pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 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. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020), 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

Zamawiający – Gmina Sandomierz Prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Modernizacja miejskiego oświetlenia ulicznego na energooszczędne na terenie Miasta Sandomierza etap I i II” realizowanego w ramach naborów nr RPSW.03.04.00-IŻ.00-26-136/17 oraz RPSW.03.04.00-IŻ.00-26-035/18 dla Działania 3.4 Strategia Niskoemisyjna, wsparcie zrównoważonej multimodalnej mobilności miejskiej Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 dla projektów dotyczących modernizacji oświetlenia ulicznego (ulic, placów, terenów publicznych) na energooszczędne.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 grudnia 2020 r. pod nr 2020/S 251-628308.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia wyższej niż kwota określona w przepisach wydanych na podst. art. 11 ust. 8 Pzp tj. powyżej kwoty 214 000 euro, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.– Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

W dniu 12 marca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę SPIE ELBUD GDAŃSK S.A. z siedzibą w Gdańsku (zwanego dalej Odwołującym), od czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w toku prowadzonego przez Zamawiającego Postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez niezgodne z Pzp. odrzucenie oferty Odwołującego,
2. naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp. poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień w przypadku zaistnienia wątpliwości Zamawiającego co do treści lub kompletności złożonych przez Odwołującego dokumentów,
3. alternatywnie, na wypadek uznania, że obliczenia fotometryczne w niniejszym Postępowaniu stanowią część oferty *sensu stricto* i nieuznania zarzutu oznaczonego numerem 2, naruszenie art. 87 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. poprzez niepoprawienie przez Zamawiającego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W oparciu o powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) wezwania Odwołującego do przedłożenia obliczeń foto metrycznych dla etapu I zamówienia (w przypadku uznania zarzutu oznaczonego numerem 2) lub alternatywnie dokonania przez Zamawiającego poprawienia innej omyłki (w przypadku uznania zarzutu oznaczonego numerem 3).

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku (ze zm.) Prawo zamówień publicznych we wniesieniu przedmiotowego odwołania, bowiem może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu. Jednakże z powodu dokonania przez Zamawiającego niezgodnych z prawem czynności, oferta Odwołującego została odrzucona, a w efekcie Odwołujący utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. W uzasadnieniu, Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny: dnia 24 grudnia 2020 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 251-628308 ukazało się ogłoszenie o zamówieniu pn. „Modernizacja miejskiego oświetlenia ulicznego na energooszczędne na terenie Miasta Sandomierza etap I i II” realizowanego w ramach naborów nr RPSW.03.04.00-IŻ.00-26-136/17 oraz RPSW.03.04.00-IŻ.00-26-035/18 dla Działania 3.4 Strategia Niskoemisyjna, wsparcie zrównoważonej multimodalnej mobilności miejskiej Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 dla projektów dotyczących modernizacji oświetlenia ulicznego (ulic, placów, terenów publicznych) na energooszczędne" (numer referencyjny RZP.271.1.11.2020.DDR).

Odwołujący złożył ofertę w niniejszym Postępowaniu. Pismem z dnia 4 marca 2021 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty wskazując, iż treść oferty w ocenie Zamawiającego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla Postępowania („SIWZ”). Zamawiający przywołał brzmienie pkt. III.3 SIWZ, zgodnie z którym Zamawiający wymagał *„wykazania, że oferowane oprawy oświetleniowe spełniają wymagania techniczno-użytkowe Zamawiającego, czyli gwarantują osiągnięcie wartości parametrów elektrycznych (współczynnik mocy - PF, oraz moc - P wykazanych w specyfikacji materiałów i dostaw) i oświetleniowych, na poziomie nie mniejszym niż wymagania normy PN-EN 13201:2016-Oświetlenie dróg, sporządzając w tym celu obliczenia fotometryczne oświetlenia dróg i ulic dla wszystkich sytuacji oświetleniowych zawartych w załączniku nr 1 do SIWZ”*. Zamawiający wskazał także na pkt. X.6.2 SIWZ, zgodnie z którym do oferty należało załączyć obliczenia fotometryczne dla oferowanych opraw wraz danymi technicznymi właściwości opraw - rozsyłami fotometrycznym i opraw oświetleniowych - w formie bazy danych (w formacie eulumat -.ldt), umożliwiającymi na ich podstawie dokonanie weryfikacji wyliczeń parametrów oświetleniowych w ogólnie dostępnym bezpłatnym programie

komputerowym. Obliczenia fotometryczne i dane techniczne właściwości opraw oświetleniowych stanowić miały zgodnie z SIWZ integralną część oferty (treść oferty) i nie podlegać w związku z tym uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. (brak w złożonej ofercie obliczeń fotometrycznych wraz z danymi technicznymi właściwości opraw spowodować miał odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.).

W ocenie Zamawiającego niezłączenie kompletu obliczeń fotometrycznych do oferty Odwołującego powoduje konieczność jej odrzucenia (jak wskazał w piśmie Zamawiający załączono jedynie dla etapu II a nie dla etapu I).

Taka interpretacja przez Zamawiającego SIWZ i Pzp. jest jednak nieprawidłowa.

Odwołujący nie zaprzecza, że rzeczywiście (skutkiem przeoczenia) do oferty nie załączono plików z obliczeniami fotometrycznymi dla etapu I (jakkolwiek Odwołujący dysponował tymi plikami w dacie złożenia oferty). Dla przesądzenia czy oferta Odwołującego podlega w związku z tym odrzuceniu istotny jest jednak charakter brakujących obliczeń fotometrycznych i ich stosunek do informacji o sumie mocy opraw i do informacji o parametrze trwałości strumienia światła. Jakkolwiek bowiem Zamawiający wskazał w SIWZ, że brak załączenia obliczeń fotometrycznych skutkować będzie odrzuceniem oferty, to trzeba mieć na uwadze, że przesłanki odrzucenia oferty co do zasady wyznacza ustawa Pzp., a nie Zamawiający. Pomimo że Zamawiający ustala treść SIWZ, a oferta z nią niezgodna podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp., przepis ten nie może być stosowany w oderwaniu od innych przepisów ustawy Pzp. odnoszących się do składania dokumentów.

Jak zasadnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 czerwca 2015 roku sygn. akt KIO 1127/15 kwestia ta należy do kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i badana może być na dowolnym etapie postępowania. *„Zasada nadrzędności przepisów prawa porządkuje również zagadnienie właściwego sposobu postępowania zamawiającego w przypadku sprzeczności postanowień SIWZ z obowiązującymi regulacjami prawnymi. SIWZ, która stanowi element obligacyjnego porozumienia przetargowego zawiązywanego między zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie, nie może kształtować wymagań kierowanych do wykonawców sprzecznie z przepisami Prawa zamówień publicznych i z obowiązującymi przepisami właściwymi ze względu na dany przedmiot zamówienia. Pogląd przeciwny sankcjonowałby naruszenie prawa przez zamawiającego i w dalszej perspektywie mógłby negatywnie oddziaływać na uczciwe konkurowanie wykonawców o zamówienie. Z tego powodu przy dokonywaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu Izba ustalając treść wymagań zamawiającego, władna jest do stwierdzenia, czy są one zgodne z obowiązującym prawem. Nietrafnie zatem podnosił odwołujący, że na obecnym etapie postępowania należy wyłącznie zbadać, czy zamawiający wykonał czynności zgodnie z treścią SIWZ, a ocena legalności tych postanowień jest już spóźniona. SIWZ jest oświadczeniem zamawiającego o charakterze cywilnoprawnym, zatem postanowienie SIWZ*

sprzeczne z przepisem o charakterze bezwzględnie obowiązującym nie może być prawnie skuteczne, gdyż jest dotknięte sankcją nieważności (art. 58 § 1 in initio k.c. w zw. z art. 14 Pzp)”.

W konsekwencji „wprowadzenie do siwz postanowień niezgodnych z ustawą powoduje, że postanowienie takie jest nieważne, jako sprzeczne z prawem. Jeżeli postanowienie (tak jak w przedmiotowej sprawie) dotyczy kilku dokumentów i w odniesieniu do części z nich jest zgodne z ustawą, a co do pozostałej części jest z ustawą sprzeczne i jest możliwość wyodrębnienia części sprzeczne, to nieważne jest tylko częściowo, w takim zakresie, w jakim jest niezgodne z ustawą” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2013 roku, sygn. akt KIO 590/13).

Przenosząc to na grunt praktyki, gdyby SIWZ zawierał przykładowo zapis, iż oferta bez załączonego dokumentu JEDZ od razu podlega odrzuceniu jako niezgodna SIWZ, to zapis ten nie byłby skuteczny, gdyż przepis ustawy - art. 26 ust. 3 Pzp. - nakłada na Zamawiającego obowiązek wezwania do uzupełnienia takiego dokumentu (nawet jeśli wykonawca nie złożył w odpowiednim terminie odwołania na treść SIWZ).

To samo dotyczy dokumentów składanych wraz z ofertą. Zatem w niniejszej sprawie decydujące jest więc przesądzenie, czy niezłączony dokument stanowi treść oferty *sensu stricto*, której uzupełnianie jest zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp. niedozwolone, czy też obliczenia te należy traktować jako jeden z dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp., tj. jako dokument/oświadczenie potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. W tym drugim bowiem przypadku Zamawiający zgodnie z prawem nie powinien odrzucić oferty Odwołującego, lecz wezwać go do uzupełnienia tego dokumentu.

W SIWZ Zamawiający wskazuje, że *„Podlegające ocenie punktowej: suma mocy opraw, wynikająca z obliczeń fotometrycznych oraz oceniany parametr użytkowy charakteryzujący właściwości opraw oświetleniowych w postaci trwałości strumienia światła określanego parametrem L80B10 stanowią podlegającej ocenie integralną część oferty; dlatego ich brak przy składaniu oferty skutkuje odrzuceniem oferty”*. Suma mocy opraw ma więc wynikać z obliczeń fotometrycznych. Oznacza to, że dla kryteriów oceny ofert relewantna jest deklaracja wykonawcy co do sumy mocy opraw, zaś obliczenia mają stanowić jej potwierdzenie. Obliczenia mają tym samym jedynie walor informacyjny, zwłaszcza, że informacje niezbędne dla dokonania obliczeń podawane są w załączonych dokumentach technicznych (nie zaś wyłącznie w samych obliczeniach). Zamawiający określił w SIWZ cel przedstawiania tych obliczeń, wskazując na informacyjny charakter tej informacji, mający na celu potwierdzenie spełnienia wymagań Zamawiającego: *„Celem przedstawienia obliczeń jest udokumentowanie, że proponowane przez wykonawcę oprawy oświetleniowe LED, spełniają wymagania techniczno-użytkowe Zamawiającego. Na wykonawcy ciąży obowiązek udokumentowania,*

spełnienia wymagań, poprzez wykonanie i załączenie do oferty obliczeń fotometrycznych oświetlenia dróg i ulic, zawierających wszystkie elementy zawarte w obliczeniach fotometrycznych (w tym chodniki, ścieżki rowerowe, pasy postojowe i pasy rozdziału), stanowiących zawartość załącznika 1 do SIWZ”.

Oświadczenie w tym zakresie Odwołujący w ofercie złożył, wypełniając odpowiednio kolumny 4-7 załączonego do oferty Formularza kalkulacji ceny ofertowej oraz wskazując w formularzu oferty dla etapu I, że *„oferuje moc zainstalowaną wszystkich oferowanych przez nas opraw oświetleniowych, stanowiącą sumę mocy rzeczywistej wszystkich opraw (bez uwzględnienia tzw. zmiennego profilu mocy, tj. redukcji mocy w cyklu 24h): 70,78 kW, która wynika z załączonych do oferty obliczeń fotometrycznych wraz z danymi technicznymi właściwośći opraw - rozsyłu światła opraw oświetleniowych - całej bryły światłości w formie bazy danych”.* Co więcej, w ofercie Odwołujący wskazał również nazwę i typ oferowanych opraw, załączył także wyjściowe dane techniczne służące do dokonania obliczeń fotometrycznych i stanowiące ich podstawę. Te pliki z rozsyłami również odnoszą się do konkretnej sytuacji drogowej, zgodnie ze wskazaniem Załącznika nr 3a dołączonego do oferty.

Suma mocy opraw wynika również z Załącznika 3a do oferty - Formularz kalkulacji ceny oferty. W załączniku nr 3a do oferty wskazano moce opraw dla każdej sytuacji drogowej, dla której należało wykonać obliczenia fotometryczne.

W tej sytuacji nie sposób też uznać, że ewentualne wezwanie do przedłożenia samych obliczeń potwierdzających dane już wskazane w ofercie w oparciu o parametry wyjściowe również wskazane w ofercie prowadziłyby do zmiany samej oferty, skoro w ofercie podano sumę mocy opraw, a także wskazano, jakie oprawy (nazwa i typ) zostały zaproponowane i których parametry (wykazane w załączonych dokumentach technicznych) stanowiły podstawę dokonanego obliczenia. Załącznik nr 3a i pliki z rozsyłami fotometrycznymi uniemożliwiałyby już jakiegokolwiek zmiany co do wartości mocy, co do wyników obliczeń.

Na gruncie powyższego cytatu z SIWZ za element oferty należy uznać zatem sumę mocy oferowanych opraw (który to parametr w ofercie Odwołujący wskazał). Natomiast same obliczenia to informacja jedynie potwierdzająca spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego - a zatem taka, o której mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Przy powyższym brzmieniu SIWZ za należące do zobowiązania Odwołującego (oferty sensu stricto) należy uznać jedynie zadeklarowane wartości oraz dane techniczne opraw.

Zamawiający otrzymał skądinąd pliki źródłowe które pozwalają mu nawet - bez zmiany oferty - dokonać samodzielnie obliczeń fotometrycznych (lub, gdyby byłby dołączone, w toku własnych obliczeń dokonać ich weryfikacji). Potwierdza to również, że wynik obliczeń ma jedynie charakter informacyjny, a kluczowe wartości mają zadeklarowane w ofercie parametry i dane techniczne opraw.

Nie zachodzi zatem sytuacja niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, a tym samym brak jest podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego.

Słuszność przedstawionego przez Odwołującego rozumowania potwierdza ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2020 roku, sygn. akt KIO 1796/20 wskazano, iż „*przez pojęcie "treść oferty" należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Treść oferty to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp polega z kolei na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego*”.

Jak słusznie wywiodła Krajowa Izba Odwoławcza w innym orzeczeniu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 kwietnia 2019 roku, sygn. akt KIO 592/19), „*utrwalony jest w orzecznictwie pogląd, że podstawą faktyczną odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ może być tylko rzeczywista treść oferty, o ile nie odpowiada wymogom jasno w SIWZ określonym. Przy czym nie chodzi o jakiegokolwiek wymogi Zamawiającego, ale wymogi odnoszące się do ukształtowania przyszłego świadczenia - przedmiotu umowy. Zatem podstawą odrzucenia oferty nie mogą być jakiegokolwiek wymogi Zamawiającego, zawarte w SIWZ, które nie mają bezpośredniego związku z treścią oferty rozumianą wąsko, jako zakres przyszłego świadczenia*”.

Do dokumentów potwierdzających spełnianie tak zwanych warunków przedmiotowych winien natomiast znaleźć zastosowanie art. 26 Pzp „*Należy przy tym wyjaśnić, że oświadczenia i dokumenty składane na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 PrZamPubl mogą być uzupełniane na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 PrZamPubl w przypadku niezłożenia ich na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 1 i 2 PrZamPubl. Nie stanowią bowiem treści oferty sensu stricto, która co do zasady nie podlega po złożeniu zmianom, lecz służą jedynie wykazaniu zgodności oferowanego zamówienia z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ. Dopiero niezłożenie przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań przedmiotowych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego (skierowane w trybie art. 26 ust 3 PrZamPubl) będzie uprawniało, a jednocześnie zobowiązywało zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 PrZamPubl.*” (M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 12,

2020, Legalis).

Charakteru obliczeń fotometrycznych w niniejszym Postępowaniu nie zmienia, co raz jeszcze należy podkreślić, fakt wymogu złożenia ich wraz z ofertą. Jak zasadnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, *„z samego faktu żądania złożenia określonych oświadczeń czy dokumentów wraz z ofertą nie sposób w każdym przypadku wywodzić, iż ich treść stanowi merytoryczną treść oferty niepodlegającą uzupełnieniu. Podczas oceny skutków prawnych niezłożenia określonych oświadczeń lub dokumentów dotyczących przedmiotu zamówienia w ocenie Izby nie można pominąć okoliczności takich jak charakter tych oświadczeń lub dokumentów, cel ich złożenia czy zakres informacji, jaki wynikać ma z ich treści. (...) Izba miała na uwadze, iż zgodnie z art. 26 ust. 2 Ustawy Pzp zasadą jest, że dokumenty o których mowa w art. 25 ust 1 pkt 2 Ustawy Pzp nie są składane wraz z ofertą, lecz dopiero na wezwanie Zamawiającego i tylko przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Niemniej mając na uwadze ukształtowaną w przedmiotowym postępowaniu treść SIWZ nie sposób pozbawić Odwołującego przysługującego mu prawa do uzupełnienia brakujących dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp, ponieważ służyły one wyłącznie potwierdzeniu spełnienia wymagań Zamawiającego i nie kształtowały treści oferty Odwołującego, skonkretyzowanej już w formularzu ofertowym”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2018 roku, sygn. akt KIO 1706/18).

W tej sytuacji obliczenia te należy traktować jako jeden z dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p., tj. jako dokument/oświadczenie potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Zatem Zamawiający zgodnie z prawem nie powinien odrzucić oferty Odwołującego, lecz wezwać go do uzupełnienia tego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Jak wskazano w doktrynie *„przepis art. 26 ust 3 PrZamPubl przenosi na grunt polskiego porządku prawnego regulację zawartą w art. 56 ust 3 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którą jeżeli informacje lub dokumentacja, które mają zostać złożone przez wykonawców, są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą — chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej - zażądać, aby dani wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali stosowne informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem że takie żądania zostaną złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości”* (M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 12, 2020, Legalis). Jak wskazują autorzy tego komentarza do ustawy Pzp., określonym w art. 26 ust. 3 Pzp. sytuacjom odpowiada nałożenie na Zamawiającego obowiązku wezwania wykonawcy do odpowiednio złożenia, uzupełnienia, poprawienia dokumentów lub udzielenia

wyjaśnień.

Również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, że jakkolwiek przepis art. 26 ust.3 Pzp. nie pozwala na uzupełnianie treści oferty, to tworzy możliwość uzupełniania lub poprawiania lub udzielania wyjaśnień w zakresie dokumentów podmiotowych składanych wraz z ofertą (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 grudnia 2019 roku, sygn. KIO 2479/19).

Jak zasadnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 stycznia 2019 roku, sygn. KIO 2603/18, *„możliwe jest wzywianie wykonawców na podstawie art. 26 ust 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w zakresie obejmującym dokumenty składane w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, wskazane w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, jeżeli są one niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości. W sytuacji zatem, gdy na gruncie postanowień SIWZ, określonym dokumentom można nadać wyłącznie charakter dokumentów przedmiotowych, art. 26 ust 3 Prawa zamówień publicznych znajduje zastosowanie. Wobec przyjętej przez ustawodawcę techniki legislacyjnej, oczywiste jest, że ten ostatni przepis - odsyłając do kategorii dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 omawianej ustawy - dotyczy wszystkich rodzajów dokumentów, które wyszczególnione zostały w rozporządzeniu wykonawczym wydanym na mocy art. 25 ust. 2 tej ustawy” - w tym również, jak wskazano w stanie faktycznym tego orzeczenia - na przykład próbek.*

Reasumując należy wskazać za poglądem wyrażonym przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 31 stycznia 2020 roku sygn. KIO 69/20, że *„odrzucenie oferty, skutkuje tym, że oferta ta zostaje wyeliminowana z postępowania co przekreśla szanse wykonawcy, który ją złożył, na uzyskanie zamówienia. Zatem tak istotna i brzemienna w skutki czynność zamawiającego, jaką jest odrzucenie oferty, w przypadku art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, może być podjęta wyłącznie wtedy, gdy zachodzi niewątpliwa i jednoznaczna niezgodność treści oferty z treścią SIWZ’.*

Wobec złożonych w ofercie Odwołującego oświadczeń oraz załączonych dokumentów źródłowych dla obliczeń foto metrycznych, brak załączonych obliczeń w zakresie etapu I z pewnością nie może być za taką niewątpliwą i jednoznaczną sprzeczność oferty z SIWZ uznany.

Wskazuje na to z resztą sam SIWZ, bowiem jego fragment, na który Zamawiający powołuje się, stanowi, iż odrzucenie oferty powodować ma „brak w złożonej ofercie obliczeń fotometrycznych wraz z danymi technicznymi właściwośći opraw”. Zatem i sam SIWZ mówi

o odrzuceniu oferty jedynie w przypadku gdy nie załączono do oferty obliczeń fotometrycznych wraz (a zatem łącznie z) danymi technicznymi (a taka sytuacja, wobec złożenia wraz z ofertą danych technicznych, w niniejszym Postępowaniu w odniesieniu do oferty Odwołującego nie zachodzi). To literalne brzmienie SIWZ potwierdza powyższe rozumowanie Odwołującego, iż brak samych tylko obliczeń fotometrycznych w sytuacji gdy służące do ich przeprowadzenia dane techniczne właściwości opraw zostały załączone do oferty, a stosowne oświadczenia co do mocy opraw złożone zostały w samej ofercie, nie może skutkować odrzuceniem oferty, a prowadzić powinno co najwyżej do wezwania Odwołującego o udzielenie wyjaśnień lub uzupełnienie dokumentów do oferty załączonych.

Po wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia brakujących obliczeń fotometrycznych w formacie pdf, Zamawiający miałby możliwość weryfikacji czy na pewno są one prawdziwe, czy zgadzają się plikami z rozsyłami fotometrycznym i załączonymi do oferty i treścią samej oferty, jak i załącznika 3a do oferty, złożonego wraz z ofertą w terminie. W żadnym wypadku nie można byłoby mówić w tej sytuacji o zmianie przez Odwołującego oferty i oświadczeń w niej złożonych.

Nawet jednak jeśli uznać by, że obliczenia fotometryczne stanowiły część oferty sensu stricto (jakkolwiek jak wskazano powyżej Odwołujący jest odmiennego zdania), z ostrożności Odwołujący wskazuje, iż w opisanej sytuacji Zamawiający winien w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. dokonać poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, to jest samodzielnie dokonać obliczeń fotometrycznych. Zamawiający otrzymał pliki źródłowe, które pozwalałyby mu - bez zmiany oferty - dokonać naprawy tej omyłki i samodzielnie dokonać obliczeń fotometrycznych w bezpłatnym programie komputerowym, weryfikując tym samym w oparciu o wyjściowe pliki z danymi technicznymi prawdziwość oświadczeń złożonych przez Odwołującego w formularzach oferty. Z całą bowiem pewnością nie powodowałoby to zmiany oferty (w szczególności złożonych w niej oświadczeń czy wskazanych oferowanych produktów), a tym samym nie prowadziłoby do zmiany oświadczenia woli Odwołującego zawartego w jego ofercie.

Jak wskazano w doktrynie prawa zamówień publicznych, *„podkreślenia wymaga, że inne omyłki nie mają przymiotu oczywistości, Tym samym sposób ich poprawienia może być dużo bardziej skomplikowany niż w przypadku omyłek oczywistych. Przyjmuje się, że poprawienie innych omyłek może nastąpić w wyniku prowadzenia z wykonawcą wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 PrZamPubi, czy nawet po uzyskaniu przez zamawiającego informacji z innych źródeł.* (M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 12, 2020, Legalis).

Jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 29 stycznia 2010 roku sygn. XII GA 429/09, *„artykuł 87 ust 2 pkt 3 PrZamPubi wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś*

przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp".

Skoro w niniejszym Postępowaniu dla poprawienia oferty Zamawiającemu wystarczyłyby informacje już w niej zamieszczone i to takie, które nie budzą wątpliwości co do tego, że stanowią treść oświadczenia woli wykonawcy (vide wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2019 roku sygn. KIO 2304/19), poprawienie oferty Odwołującego w myśl art. 87 ust. 2 pkt. 3 stanowiło obowiązek Zamawiającego.

Nie wzywając Odwołującego do wyjaśnień (lub alternatywnie nie dokonując samodzielnie poprawy omyłki) i odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający naruszył tym samym przepisy Pzp.

Mając na uwadze wskazane powyżej argumenty, odwołanie niniejsze jest zasadne.

Do postępowania odwoławczego, w dniu 17 marca 2021 r. zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w dniu 13 kwietnia 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”)

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym

wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę ELTAST Centrum Zaopatrzenia Energetyki Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu (dalej jako Przystępujący) i dopuściła wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez niezgodne z Prawem zamówień publicznych odrzucenie oferty Odwołującego, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków

zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, sposobu realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie niezgodność oferty z SIWZ polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ.

Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem Zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru. O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści złożonego oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób, nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Przy czym zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są zapisy SIWZ, jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania Zamawiającego (por. wyrok z 4 marca 2020 r. o sygn. akt KIO 349/20, wyrok z 31 marca 2021 r. o sygn. 622/21). Wobec powyższego, w pierwszej kolejności należy odnieść się do zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której Zamawiający określił wymagania dotyczące parametrów technicznych, sposobu realizacji zamówienia oraz informacje niezbędne dla oceny oferty, stanowiące jej treść.

Zgodnie z treścią SIWZ, Rozdział X Opis Sposobu Przygotowania Oferty pkt 6.2, Zamawiający wymagał aby Wykonawca wraz z ofertą załączył następujące oświadczenia i dokumenty: (...) *obliczenia fotometryczne dla oferowanych opraw wraz danymi technicznymi właściwości opraw – rozsyłami fotometrycznymi opraw oświetleniowych – w formie bazy danych (w formacie eulmdat -.ldt), umożliwiającymi na ich podstawie dokonanie weryfikacji wyliczeń parametrów oświetleniowych w ogólnie dostępnym bezpłatnym programie komputerowym.*

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

Na str. 10 SIWZ Zamawiający wskazał, że: *Podlegające ocenie punktowej: suma mocy opraw, wynikająca z obliczeń fotometrycznych oraz oceniany parametr użytkowy charakteryzujący właściwości opraw oświetleniowych w postaci trwałości strumienia światła*

określanego parametrem L80B10 stanowią podlegającej ocenie integralną część oferty, dlatego ich brak przy składaniu oferty skutkuje odrzuceniem oferty.

Nie budzi wątpliwości, że Zamawiający w SIWZ jednoznacznie zdefiniował treść oferty, włączając do jej zakresu m.in. obliczenia fotometryczne dla oferowanych opraw oraz dane techniczne właściwości opraw, stanowiące jej integralną część. Podkreślenia wymaga, iż suma mocy opraw wynikająca z obliczeń fotometrycznych stanowiła również element oceny ofert w ramach kryterium P2.

Zamawiający wskazał cel wymaganych do oferty obliczeń fotometrycznych, ich istotność dla możliwości dokonania oceny oferty, a także określił skutek braku załączenia do oferty obliczeń fotometrycznych wraz z danymi technicznymi właściwości opraw, polegający na odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Bezsporną między stronami była okoliczność, że Odwołujący nie załączył do oferty obliczeń fotometrycznych dla Etapu I zamówienia, co Odwołujący również przyznał w odwołaniu oraz podczas rozprawy.

Izba nie podziela argumentacji Odwołującego, który z treści zapisu w SIWZ: *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.*, wywodzi, że podstawą odrzucenia oferty może być wyłącznie okoliczność, kiedy Odwołujący nie złożyłby obliczeń fotometrycznych oraz danych technicznych właściwości opraw. Natomiast w przypadku braku wyłącznie obliczeń fotometrycznych a załączenia do oferty danych technicznych opraw, przesłanka odrzucenia oferty nie zachodzi. W ocenie Izby obliczenia fotometryczne stanowią istotny element treści oferty, którego brak skutkuje niezgodnością z SIWZ, bez względu na to czy w treści SIWZ zostały wskazane samodzielnie czy łącznie z innym dokumentem. Tym bardziej, że w zdaniu wcześniejszym Zamawiający jednoznacznie wskazał: *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.*, definiując każdy z nich jako odrębny element treści oferty. Zatem brak jednego z ww. dokumentów stanowi o niezgodności oferty z treścią SIWZ.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym wymagane obliczenia fotometryczne stanowią informację potwierdzającą spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego – a zatem taką, o której mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp., a także, że za element oferty (*sensu stricto*) należy uznać jedynie zadeklarowane w formularzu ofertowym wartości oraz załączone dane techniczne. W konsekwencji, za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp poprzez

zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień w przypadku zaistnienia wątpliwości co do treści oferty lub kompletności złożonych dokumentów.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp: W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

W ocenie izby wymagane obliczenia fotometryczne stanowiły istotną treść oferty, a ich brak nie podlegał wyjaśnieniu lub uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 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, 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.

Dokonując kwalifikacji wymaganych obliczeń fotometrycznych jako istotny element treści oferty a nie jako dokument w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp., Izba wzięła pod uwagę charakter brakujących obliczeń, ich elementy składowe dotyczące informacji o sumie mocy opraw, oraz istotność z punktu widzenia kryterium oceny ofert (P2). Podkreślenia wymaga, iż sam fakt, że w treści SIWZ Zamawiający wskazał, że celem przedstawienia obliczeń fotometrycznych (...) jest udokumentowanie że proponowane oprawy spełniają wymagania techniczno-użytkowe Zamawiającego nie oznacza jeszcze, że wymagane obliczenia stają się dokumentem w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, nie będącym istotnym elementem treści oferty. Co więcej, ww. obliczenia nie mogą zostać zakwalifikowane jako dokument składany na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, bowiem na podstawie dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp można jedynie potwierdzić zgodność oferowanych elementów z wymaganiami Zamawiającego, ale nie kształtować treści oferty. Izba zwraca uwagę na użyte przez ustawodawcę sformułowanie „potwierdzenie” że zaoferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego. Zadeklarowana treść oferty musi zatem znaleźć potwierdzenie w dokumentach składanych przez wykonawcę. Jednakże dokumenty te nie kreują treści złożonej oferty, nie wyznaczają

jej zakresu czy też nie określają sposobu jej realizacji. Celem dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, jest potwierdzenie zgodności treści zawartej w ofercie, z wymaganiami Zamawiającego a nie kształtowanie czy wyznaczanie tej treści.

Tymczasem, jak wskazał Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie: *nie jest przy tym prawdą twierdzenie Odwołującego, że informacje niezbędne dla dokonania obliczeń podawane są w załączonych dokumentach technicznych (nie zaś wyłącznie w samych obliczeniach). Obliczenia fotometryczne wykazujące spełnienie Normy PN-EN 13201:2016 to przetworzenie przez skomplikowany model matematyczny transmitancji oprawy źródłowego strumienia światła emitowanego przez diody LED na wynikowy stłumień światła pozwalający oświetlić drogę zgodnie z Normą PN-EN 13201:2016. Żadne inne załączone dokumenty techniczne nie zawierają tych informacji. Dodatkowo należy wskazać istotną okoliczność faktyczną, że sposobem doboru opraw steruje projektant wykonujący takowe obliczenia. Polega to na tym, że to właśnie projekt decyduje o modelu oprawy, mocy oprawy, wybiera układ optyczny oprawy w wielu dostępnych wg własnego uznania. Dokonuje też unifikacji opraw, aby ilość modeli nie była zbyt wielka, co powodowałoby utrudnienia logistyczne oraz instalacyjne. Te informacje wynikające z obliczeń są unikalne i nie są możliwe do uzyskania bez tych obliczeń.*

Powyższe wskazuje, że wymagane obliczenia fotometryczne miały zawierać dane oraz informacje opracowane przez projektanta na potrzeby konkretnego postępowania. Nie mogą zatem stanowić dokumentu w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, bowiem informacje w nich zawarte wyznaczają kształt oferowanego przedmiotu, jego konfigurację oraz sposób w jaki wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia, co niewątpliwie stanowi istotny element treści oferty.

Wobec powyższego, w ocenie Izby Zamawiający prawidłowo zakwalifikował wymagane obliczenia fotometryczne jako istotny element treści oferty. Zatem zastosowanie procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 Pzp nie było uprawnione.

Dodatkowo, Izba wskazuje, że zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp., będzie miało miejsce w sytuacji, w której wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, nie złożył na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp wymaganych oświadczeń lub dokumentów określonych w art. 25 ust. 1, złożone oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez Zamawiającego wątpliwości. Zatem aby wykonawca mógł zostać wezwany do złożenia dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 Pzp, jego oferta musi zostać uznana za najkorzystniejszą. Aby oferta mogła podlegać merytorycznej ocenie w ramach zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz podlegać punktacji, wykonawca musi Zamawiającemu złożyć ofertą, obejmującą swym zakresem wszystkie wymagane przez Zamawiającego elementy. Obowiązkiem Zamawiającego jest weryfikacja oferty pod względem zgodności z treścią

specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dopiero oferta, którą Zamawiający oceni jako zgodną z treścią SIWZ, będzie podlegała dalszej ocenie, pod kątem kryteriów oceny ofert, a następnie wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona zostanie wezwany do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp. Dodać należy, że dokumenty, na podstawie których następuje ocena ofert w ramach kryterium oceny ofert (a brakujące obliczenia fotometryczne potwierdzały poprawność obliczenia minimalnej mocy podlegających ocenie w ramach kryterium P2) stanowiące treść oferty, nie podlegają wyjaśnieniu lub uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W analizowanym stanie faktycznym, brak złożonych obliczeń fotometrycznych skutkowało koniecznością odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp., jako niezgodnej z treścią SIWZ, co wykluczało możliwość oceny oferty Odwołującego w ramach kryteriów oceny ofert, a tym samym uznaniem jej za najkorzystniejszą i w konsekwencji brakiem możliwości zastosowania procedury określonej w art. 26 ust. 3 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp., podniesionego przez Odwołującego alternatywnie, jako zarzut ewentualny, na wypadek uznania przez Izbę, że obliczenia fotometryczne stanowią część oferty *sensu stricto*, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z treścią art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp *Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.*

Zamawiający zobowiązany jest zatem do poprawienia w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Z powyższego wynika jednoznacznie, że obowiązek odrzucenia przez Zamawiającego oferty ma miejsce tylko wtedy, gdy treść oferty nie będzie podlegała poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Dlatego Zamawiający zobowiązany jest przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty do sprawdzenia, czy w okolicznościach danej sprawy nie zaistniały obligatoryjne przesłanki do poprawienia oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp. Dopuszczalność poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp będzie miała miejsce wówczas, jeżeli oferta jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niezgodność ta ma charakter omyłki, a jej poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Przede wszystkim zaistniała omyłka nie może być wynikiem świadomego, zamierzonego działania wykonawcy, jej poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, a ponadto Zamawiający może dokonać poprawienia takiej omyłki tylko w sytuacji, gdy wie (a

wiedza ta oparta jest wyłącznie na informacjach zawartych w ofercie oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia) jak takiej poprawy należy dokonać. Bowiem zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp zdanie drugie *niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, oraz z zastrzeżeniem art. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. W związku z powyższym, wszystkie elementy umożliwiające poprawienie innej omyłki w treść oferty, muszą być znane Zamawiającemu, aby ich weryfikacja umożliwiła Zamawiającemu poprawienie takiej omyłki, bez konieczności uzupełniania treści oferty, po terminie składania ofert. Niedopuszczalne jest bowiem doprecyzowanie treści złożonej oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy zarówno co do zakresu jak i sposobu wykonania zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych w treści SIWZ) po upływie terminu na jej złożenie.*

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy, wskazać należy, że zaistniały okoliczności potwierdzające, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Rozważania w tym zakresie znajdują się przy analizie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 26 ust. 3 Pzp. Stwierdzić należy zatem, że mamy do czynienia z niezgodnością polegającą na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Aby dokonać poprawienia przedmiotowej niezgodności w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, należy ustalić jeszcze, czy niezgodność ta jest wynikiem omyłki oraz czy jej poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści złożonej oferty.

W zakresie oceny, czy zaistniała niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, polegająca na niezłączeniu do oferty wymaganych obliczeń fotometrycznych, Izba przychyliła się do argumentacji Odwołującego, wskazującej, iż brak ten spowodowany został przeoczeniem, a nie celowym działaniem Odwołującego. Izba doszła zatem do przekonania, że przedmiotowa niezgodność treści oferty z treścią SIWZ jest wynikiem omyłki.

Natomiast zasadniczy spór między stronami polegał na rozbieżnościach w ocenie, czy w okolicznościach niniejszej sprawy możliwe było poprawienie treści oferty Odwołującego, na podstawie informacji zawartych w ofercie i SIWZ, poprzez całkowite, samodzielne sporządzenie przez Zamawiającego, niezłączonych do oferty badań fotometrycznych.

Na gruncie powyższego sporu pojawiają się dwie kwestie wymagające rozstrzygnięcia. Po pierwsze, czy Zamawiający może poprawić nieistniejącą treść oferty, oraz po drugie, czy może dokonać poprawienia, nie mając wszystkich niezbędnych danych do jej wykonania.

Odnosząc się do problemu wskazanego wyżej jako pierwszy, Izba podkreśla, że ustawodawca w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez określenie „Zamawiający poprawia w ofercie” nałożył na Zamawiającego obowiązek „poprawienia” w ofercie innych omyłek (...). Ustawodawca nie zdefiniował jak należy rozumieć „poprawienie”, zatem odnieść się należy

do ogólnego, typowego rozumienia tego słowa. Według Słownika Języka Polskiego słowo: poprawić — poprawiać oznacza: 1. «przywrócić czemuś właściwy stan», 2. «uczynić coś lepszym», 3. «naprawić zepsutą, uszkodzoną rzecz», 4. «usunąć błędy z tekstu lub wprowadzić poprawki» 5. «zwrócić uwagę osoby mówiącej na popełniony przez nią błąd» 6. «powtórzyć jakąś czynność, aby osiągnąć lepszy skutek». Wszystkie powyższe definicje wskazują, że przez poprawienie następuje przywrócenie czemuś właściwego wyglądu, stanu, usprawnienie czegoś lub naprawienie uszkodzonej rzeczy. Ogólnie można uznać, że jest to modyfikacja służąca przywróceniu czemuś właściwych cech lub ich ulepszeniu.

Prowadzi to do wniosku, że o poprawieniu można mówić wyłącznie, kiedy dana rzecz, przedmiot, zawierająca omyłki istnieje, jest realna i zmaterializowana, a przedmiotowe omyłki mogą zostać zweryfikowane i poprawione. Natomiast w przypadku rzeczy nieistniejącej, niematerializowanej, której weryfikacja fizycznie nie jest wykonalna, nie ma możliwości jej poprawienia. Odwołujący nie może zatem oczekiwać od Zamawiającego, że dokonana on poprawienia czegoś, co nie istnieje.

Co do problemu drugiego, Odwołujący podnosi, iż przez poprawienie niezalączonych obliczeń fotometrycznych, należy rozumieć ich samodzielne sporządzenie przez Zamawiającego, na podstawie danych zawartych w ofercie i wynikających z założeń podanych w treści SIWZ, wskazując iż wszystkie niezbędne dane techniczne są w dyspozycji Zamawiającego.

W Ocenie Izby, nie można zgodzić się z Odwołującym, który domaga się od Zamawiającego, aby opracował za Odwołującego brakujący element treści oferty, do którego złożenia Odwołujący był zobowiązany. Niezrozumiałym dla Izby jest oczekiwanie, iż Zamawiający wytworzy czy sporządzi za Odwołującego niezaoferowany, brakujący element treści oferty. Działania Zamawiającego, który stawia się w roli wykonawcy i opracowuje za niego część oferty stanowiłoby naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasady równego traktowania wykonawców.

Ponadto w prawie zamówień publicznych obowiązuje zasada niezmienności treści oferty po jej złożeniu, a odstępstwa od tej zasady są ściśle zdefiniowane w treści art. 87 Pzp. Zatem jako ściśle wyjątki od zasady, nie podlegają interpretacji w sposób rozszerzający. Nie ma zatem podstaw prawnych, aby Zamawiający, pomimo braku danej okoliczności jako przesłanki uzasadniającej poprawienie treści oferty, dokonał jej poprawienia.

Co więcej, pomimo twierdzenia Odwołującego, że jego oferta po sporządzeniu przez Zamawiającego brakujących obliczeń fotometrycznych nie ulegnie zmianie oraz, że zawiera wszystkie niezbędne elementy, na bazie których Zamawiający mógłby samodzielnie sporządzić za Odwołującego brakujące obliczenia fotometryczne, to twierdzenia takie nie są zgodne ze stanem faktycznym. W ofercie, Odwołujący podał moc zainstalowaną wszystkich zaoferowanych opraw, której weryfikacja miała nastąpić na podstawie obliczeń

fotometrycznych wraz z danymi technicznymi właściwości opraw. Brak załączenia obliczeń fotometrycznych, zawierających informacje dotyczące indywidualnej konfiguracji opraw dokonywanej przez projektanta, uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie badania prawidłowości oferty i jej zgodności z treścią SIWZ. Same informacje zawarte w załączniku nr 3a (na który powołuje się Odwołujący), bez wskazania jakie założenia przyjęto do ich obliczenia, nie dają możliwości Zamawiającemu poprawnego ich wyliczenia. Podczas rozprawy Zamawiający podkreślił, że nawet gdyby próbował dokonać brakujących obliczeń fotometrycznych, to nie dysponował wszystkimi informacjami, aby uzyskać wynik wskazany w ofercie Odwołującego. Co więcej, Odwołujący sam wykazał (na str. 7 złożonych podczas rozprawy dokumentów – brakujących obliczeń fotometrycznych, niezłączonych do oferty), co podniósł Przystępujący, że w zakresie parametru: f_i oprawa 5065 lm, zaoferowana wielkość została indywidualnie zmieniona przez Odwołującego na potrzeby przedmiotowego zamówienia, poprzez zmniejszenie strumienia wartości. A zatem był to parametr, co do którego Zamawiający nie miał i nie mógł mieć wiedzy, bowiem jego zmniejszenie przez Odwołującego nie wynikało ani z informacji zawartych w ofercie ani z założeń SIWZ. Podkreślenia wymaga, że parametr ten, jako element wskazujący na sposób konfiguracji oświetlenia, stanowił istotny element treści oferty. Potwierdza to, poprawność kwalifikacji dokonanej przez Zamawiającego, zakładającej że obliczenia fotometryczne są treścią oferty, bowiem zawierają dane dotyczące kreowania sposobu realizacji zamówienia. Jako element treści oferty, potwierdzający zobowiązanie Odwołującego co do zakresu i sposobu realizacji zamówienia, nie zawarty w treści oferty, nie podlegał poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wobec powyższego, zastosowanie przez Zamawiającego procedury określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie było możliwe.

Reasumując powyższe, w ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy odrzucenie oferty Odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w następstwie złożenia przez Odwołującego oferty, której treść była niezgodna z treścią SIWZ, poprzez brak złożenia wraz z ofertą obliczeń fotometrycznych, stanowiło czynność prawnie uzasadnioną.

Ponadto, nie potwierdziły się okoliczności wskazujące na konieczność zastosowania przez Zamawiającego procedury określonej w art. 26 ust. 3 Pzp oraz w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wobec powyższego, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1) Rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: