

Sygn. akt: KIO 2093/11

WYROK
z dnia 14 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak - Żuraw

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2011 r. przez wykonawcę: **Thorn Lighting Polska Sp. z o. o., 50 – 513 Wrocław, ul. Gazowa 26 a** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Zagnańsk, 26 – 050 Zagnańsk, ul. Spacerowa 8**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Thorn Lighting Polska Sp. z o. o., 50 – 513 Wrocław, ul. Gazowa 26 a** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Thorn Lighting Polska Sp. z o. o., 50 – 513 Wrocław, ul. Gazowa 26 a** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Kielcach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Zagnańsk, Ul. Spacerowa 8, 26-050 Zagnańsk, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Rozbudowę oświetlenia w Gminie Zagnańsk w ramach projektu Rewitalizacji miejscowości Zagnańsk poprzez zagospodarowanie przestrzeni publicznej” (dalej „Postępowanie”). Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę mniejszą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 sierpnia 2011 r. pod nr 265288 – 2011.

W dniu 29 września 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Wykonawcy Thorn Lighting Polska sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) od decyzji Zamawiającego z dnia 26 września 2011 r. o odrzuceniu jego oferty. Odwołujący podnosił, iż ma interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż zaoferował najniższą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, a jego oferta jest w pełni prawidłowa według kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”). Pozytywne rozpoznanie odwołania powinno skutkować wyborem przez Zamawiającego oferty Odwołującego. Odwołujący wskazywał, iż zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu z zachowaniem terminu 5 dni od doręczenia Odwołującemu decyzji Zamawiającego, które nastąpiło w formie faksowej dnia 26 września 2011 r.

Zamawiającemu zarzucał naruszenie przy wyborze oferty następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne ustalenie, iż oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu jako nie odpowiadająca treści SIWZ, podczas gdy oferta ta jest zgodna z wymogami SIWZ, a Zamawiający nie podał szczegółowo na czym polegać ma niezgodność oferty z konkretnymi postanowieniami SIWZ, co dodatkowo godzi w zasadę uczciwej konkurencji zamówień publicznych,
- 2) art. 29 ust. 2 pkt 7 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sprzeczny z ww. przepisem opis przedmiotu zamówienia, gdyż Zamawiający de facto nie dopuścił zastosowania w ofertach sprzętu równoważnego oraz poprzez sprzeczne z ww. przepisami działanie Zamawiającego polegające na niedopuszczeniu zastosowania sprzętu koniecznego do wykonania zamówienia równoważnego do

- sprzętu, w oparciu o który Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w SIWZ,
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 146 ust. 6 ustawy Pzp poprzez nieunieważnienie postępowania przetargowego obarczonego nieusuwalną wadą w postaci wadliwego zastosowania przepisów określonych w pkt 1 i 2 polegającą na rażącym naruszeniu zasady uczciwej konkurencji poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o zarzuty wskazane w piśmie Zamawiającego z dnia 26 września 2011 r., mimo, iż w ofercie Odwołujący zaoferował rozwiązania równoważne do tych zastosowanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, a nadto wobec potwierdzenia przez Zamawiającego w piśmie z dnia 26 września 2011 r. tego, iż nie dopuścił on ofert składanych z użyciem sprzętu równoważnego do opisanego w SIWZ - nn. postępowanie obarczone byłoby nieusuwalną wadą postępowania kwalifikującą umowę zawartą w ramach postępowania jako nieważną.

Mając powyższe zarzuty na uwadze, wnosił o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej czynności wyboru oferty,
- 2) orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, iż w jego ocenie oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ i wymogami Zamawiającego. W pierwszej kolejności Odwołujący podnosił, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia poprzez zastosowanie konkretnych istniejących na rynku słupów oświetleniowych i opraw oświetleniowych oraz wysięgników (nazywanych przez zamawiającego „koroną słupa”). Zgodnie z pkt 3.7. SIWZ *„Wszelkie wymienione w dokumentacji projektowej oraz w Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i przedmiarze robót urządzenia i materiały mają na celu określenie wymaganych minimalnych parametrów, co oznacza, że dopuszcza się materiały innych producentów pod warunkiem spełnienia parametrów technicznych i estetycznych określonych przez materiały wymienione z nazwy”*. Tym zapisem SIWZ Zamawiający w ocenie Odwołującego dopuścił możliwość zastosowania w ofertach wykonawców opraw oświetleniowych i słupów wraz z wysięgnikami, które są równoważne do tych materiałów, które Zamawiający opisał w Specyfikacji technicznej i przedmiarze robót. Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia z zastosowaniem opraw oświetleniowych i słupów oświetleniowych wraz z wysięgnikami, które są równoważne w zakresie parametrów określonych przez Zamawiającego. Żądanie przez Zamawiającego, aby zastosowany sprzęt w ofercie wykonawców był identyczny jak sprzęt zastosowany przez Zamawiającego dla opisu przedmiotu zamówienia stanowi zaprzeczenie zasady równoważności ofert. Niedopuszczenie bowiem możliwości zastosowania innych niż użyte przez Zamawiającego

oprawy i słupy powoduje niemożliwość złożenia oferty z użyciem sprzętu równoważnego, ponieważ nie ma dwóch identycznych słupów oświetleniowych i dwóch identycznych opraw oświetleniowych. Nadto na gruncie zasady uczciwej konkurencji zamówień publicznych brak jakiegokolwiek powodu, aby Zamawiający w nn. postępowaniu musiał zastosować do wykonania zamówienia tylko sprzęt wymieniony z nazwy (marka, producent, nazwa własna) w SIWZ.

Analizując konkretne zarzuty Zamawiającego wobec oferty Odwołującego wskazywał, że:

- 1) korona słupa (inaczej wysięgnik) zaproponowany przez Odwołującego nie jest wykonany z aluminium, tak jak sam słup oświetleniowy, ale Zamawiający nie żądał w SIWZ, aby korona słupa była wykonana z aluminium; materiał z którego wykonano koronę słupa w ofercie Odwołującego jest standardowym rozwiązaniem w tego typu urządzeniach i brak różnicy w użytkowaniu i trwałości (a także utylizacji) pomiędzy koroną słupa wykonaną z aluminium a koroną wykonaną z tego samego materiału co zaproponowany przez Odwołującego materiał, z którego wykonany jest słup;
- 2) wymiar korony słupa nie był parametrem, który Zamawiający określił jako obowiązujący w postępowaniu dla korony słupa, gdyż Zamawiający nie określił tego parametru jako niezmiennego, nadto brak uzasadnienia dla limitowania wielkości ramienia ww. korony słupa,
- 3) brak jakiegokolwiek uzasadnienia dla przyjęcia, że wysokość atrapy (czyli zdobień słupa oświetleniowego) ma znaczenie dla Zamawiającego i jest istotne z punktu widzenia wykonania całego oświetlenia; nadto parametr ten nie został przez Zamawiającego określony jako nie podlegający nawet minimalnej modyfikacji; wysokość atrapy w ofercie Odwołującego wynosi 1450mm, a Zamawiający twierdzi, że wymagał 1395 mm, co daje różnicę w wysokości atrapy 5,5 cm, która nie ma żadnego znaczenia, ponieważ atrapa jest tylko zwykłym zdobieniem słupa oświetleniowego, równie dobrze Zamawiający mógłby odrzucić ofertę wskazując, że nie podoba mu się sam kształt, wzór atrapy;

Wskazywał, iż na rozprawę Odwołujący dostarczy próbkę ww. materiałów.

- 4) Zamawiający nie określił parametrów „warunku estetycznego”, a więc wykonawcy nie znający szczegółowo wymogów w zakresie warunku estetycznego nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji braku precyzji SIWZ w tym zakresie; zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie KIO poglądem, jeżeli Zamawiający w specyfikacji nie zdefiniował określonego wyrażenia czy wymagania wobec ofert wykonawców, to określenie to należy interpretować na korzyść wykonawców, a wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji interpretacji Zamawiającego dokonanej na etapie

oceny ofert (tak też m.in. KIO w wyroku z dnia 28 września 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1985/10); warunek estetyczny nie był wymogiem zawartym w SIWZ, a dopuszczenie przez Zamawiającego możliwości składania ofert z użyciem opraw i słupów równoważnych musi przecież powodować różny wynik dla efektu estetycznego, choć w granicach określonych w SIWZ; jeżeli zaś tych granic zamawiający nie limitował, to nie może aktualnie odrzucić oferty Odwołującego z uwagi na bliżej nieokreślony efekt estetyczny; Odwołujący wskazywał też, że zaproponowane przez Odwołującego oprawy oświetleniowe, słupy oświetleniowe wraz z koroną (wysięgnikiem) w istocie dają efekt równoważny do tego, gdyby Odwołujący zastosował sprzęt oświetleniowy określony poprzez nazwy produktów i producentów w SIWZ. Ponadto stwierdzenie Zamawiającego, że efekt estetyczny w ofercie Odwołującego jest niekorzystny jest całkowicie gołosłowne i trudno Odwołującemu z tym polemizować, nie znając wymogu Zamawiającego w zakresie tego efektu estetycznego.

Mając na uwadze powyższe, wnosił jak na wstępie.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 28 września 2011 r.

W dniu 29 września Zamawiający wezwał wykonawców do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego i przekazał im kopię odwołania.

Żaden z wykonawców do postępowania odwoławczego nie przystąpił.

W dniu 13 października 2011 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazywał, że odwołanie powinno zostać oddalone. Zamawiający wskazywał, iż w dniu 26 września 2011 r. do Odwołującego skierowane zostało pismo z informacją o odrzuceniu oferty, które zawierało uzasadnienie prawne i faktyczne (szczegółowe podanie, w których zakresach oferta nie spełnia warunku parametrów technicznych oraz estetycznych podanych w pkt 3.7. SIWZ). Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający podnosił, iż zwrócił się w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o specyfikacje techniczne przewidzianych w ofercie Odwołującego słupów i lamp. Otrzymany od Odwołującego dokument na pewno nie można było nazwać specyfikacją techniczną lamp i słupów oraz znacznie odbiegał on od dokumentu przedstawionego w ofercie. Jednakże Zamawiający w trosce o zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców nie odrzucił od razu oferty Odwołującego, lecz rzetelnie sprawdził ww dokument i stwierdził to, co zostało zapisane w piśmie o odrzuceniu oferty.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 pkt 7 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający uznał, iż nie może się zgodzić z zarzutem niedopuszczenia do podania w ofercie oraz zastosowania przez Wykonawców sprzętu równoważnego,

ponieważ w pkt 3.7 SIWZ zamieścił zapis: „Wszelkie wymienione w dokumentacji projektowej oraz w Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robot i przedmiarze robót urządzenia i materiały mają na celu określenie wymaganych minimalnych parametrów, co oznacza, że dopuszcza się materiały innych producentów pod warunkiem spełnienia parametrów technicznych i estetycznych określonych poprzez materiały wymienione z nazwy”, ale sprzęt oferowany przez Wykonawcę nie spełniał parametrów technicznych oraz estetycznych, o czym Wykonawca został poinformowany w piśmie z dnia 26 września 2011 r.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz art. 146 ust. 6 ustawy Pzp Zamawiający podnosił, iż niniejsze Postępowanie nie jest obciążone nieusuwalną wadą, przestrzegał zasady uczciwej konkurencji, dopuszczono stosowanie urządzeń równoważnych, niestety oferta Odwołującego nie spełniła parametrów technicznych i estetycznych. Zamawiający w pkt 17 SIWZ zalecał, aby przed przystąpieniem do opracowania oferty oferent dokonał wizji w terenie, ponieważ powyższe zadanie jest kontynuacją inwestycji wykonywanej w latach poprzednich i wymiary korony słupa, atrap oraz wygląd opraw oświetleniowych, czyli warunki estetyczne miały dla Zamawiającego pierwszorzędne znaczenie, o czym wykonawca powinien był wiedzieć, przeprowadzając wizję lokalną.

Zamawiający wskazywał, iż wymienił z nazwy słupy i oprawy oświetleniowe firmy Art.-Metal o symbolu A1A/2xR27/2x01, zaś Odwołujący załączył do oferty słupy firmy Elmonter lighting oraz oprawy o numerze EP145. Zamawiający wskazywał na różnice pomiędzy w/w rozwiązaniami technicznymi (zgodnie z informacją o wyniku postępowania), zaś o niespełnieniu warunku estetycznego można przekonać się, sprawdzając załączone przez Zamawiającego karty katalogowe słupa wraz z koroną i oprawami zawartymi w dokumentacji przetargowej i ofercie Odwołującego. Zamawiający załączył także zdjęcia obecnego oświetlenia.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone na piśmie oraz ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny

Przedmiotem zamówienia jest „Rozbudowa oświetlenia ulicznego w Gminie Zagnańsk w ramach projektu: Rewitalizacja miejscowości Zagnańsk poprzez zagospodarowanie przestrzeni publicznej”.

Zgodnie z pkt 3.2. SIWZ:

„Zakres rzeczowy obejmuje wykonanie:

- Zadanie 1-Rozbudowa oświetlenia w ul. Turystycznej –w tym:

- a) wykonanie linii napowietrznej o długości ok. 500 m
- b) posadowienie 14 słupów ozdobnych wraz z oprawami

- Zadanie 2- Rozbudowa oświetlenia w ul. Borek- w tym:

- a) wykonanie linii napowietrznej o długości ok. 270 m
- b) posadowienie 10 słupów ozdobnych wraz z oprawami

- Zadanie 3 – Rozbudowa oświetlenia w ul. Leśnej- w tym:

- a) wykonanie linii napowietrznej o długości o 270 m
- b) posadowienie 10 słupów ozdobnych z oprawami

- Zadanie 4 – Wymiana słupów oświetleniowych przed ośrodkiem zdrowia w Zagnańsk- w tym:

- a) wymiana 2 starych słupów na 2 nowe ozdobne wraz z oprawami

3.2.5. Szczegółowe informacje dotyczący powyższego zakresu znajdują się w załącznikach do SIWZ (tj. przedmiary)”

W 3.7 SIWZ Zamawiający zawarł następujące postanowienie:

„Uwaga! Wszelkie wymienione w dokumentacji projektowej oraz w Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i przedmiarze robót urządzenia i materiały mają na celu określenie wymaganych minimalnych parametrów, co oznacza, że dopuszcza się materiały innych producentów pod warunkiem spełnienia parametrów technicznych i estetycznych określonych poprzez materiały wymienione z nazwy”.

Dokumentacja projektowa sporządzona została w oparciu o słup oświetleniowy wraz z wysięgnikiem (koroną słupa) oraz oprawą oświetleniową z katalogu Art-Metal. Specyfikacja techniczna wskazywała także wyraźnie parametry i charakterystykę słupa, w tym, iż ma być on wykonany z aluminium. W projekcie technicznym-budowlanym zawarto kartę katalogową Art-Metal obejmującą wzorcowy słup oświetleniowy wraz z wysięgnikiem i oprawą oświetleniową, gdzie podano m.in. rodzaj materiału słupa i wysięgnika (aluminium), a także wymiary.

Odwołujący złożył ofertę na 50 kolejno ponumerowanych stronach, do której, jak wskazał w formularzu ofertowym, dołącza karty katalogowe i opisy proponowanego sprzętu oświetleniowego (str. 26 i 27 oferty). Załączone dokumenty dotyczyły słupa wraz z wysięgnikiem innej firmy niż ujęty w projekcie tj. firmy Elmonter lighting oraz innej oprawy oświetleniowej – EP 145. W opisie słupa z wysięgnikiem nie określono typu oferowanego słupa (oznaczeń katalogowych), podano jedynie podstawowe parametry techniczne, nie określono także szczegółowych wymiarów ani słupa ani wysięgnika, brak też było danych pozwalających na szczegółową weryfikację parametrów materiałowych oferowanego sprzętu. Załączony dokument nie pozwalał również ocenić szczegółowo wyglądu słupa ani

wysięgnika. Również kosztorys ofertowy Odwołującego nie podawał danych precyzujących oferowany słup (poza wysokością 5,5 m), wysięgnik (wskazano dwuramienny) i opraw oświetleniowych. Tym samym jedynie podany opis słupa z wysięgnikiem i karta katalogowa oprawy oświetleniowej załączone do oferty pozwalały Zamawiającemu ustalić, iż Odwołujący zaoferował inny słup, inny wysięgnik i inne oprawy oświetleniowe niż w projekcie.

Zamawiający pismem z dnia 16 września 2011 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do przedłożenia m.in. Specyfikacji Technicznych zaoferowanych słupów i lamp.

W dniu 22 września 2011 r. udzielając odpowiedzi na powyższe pismo Odwołujący wniósł pismo, w którym wskazał, iż:

„2. Z uwagi na obowiązek wynikający z art. 29 ust. 2 PZP Zamawiający musi dopuścić w postępowaniu o zamówienie publiczne możliwość stosowania przez Wykonawcę materiałów równoważnych do przywołanych w SIWZ, opisując wymagane parametry techniczne za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Zamawiający załączając do SIWZ dokumentację projektową, nie sprecyzował w żaden sposób żadnych dodatkowych wymagań dotyczących sprzętu oświetleniowego ponad przywołane w opisie w/w dokumentacji i STWIOR. Pomimo, że na etapie składania ofert Zamawiający nie żądał załączania dokumentów potwierdzających spełnienie warunku równoważności dla materiałów jakie Wykonawca przewidział do realizacji umowy, oferta firmy Thorn Lighting Polska Sp. z o.o. zawiera karty materiałowe dla proponowanych opraw i słupów zawierające pełną charakterystykę techniczną produktów. Oświadczamy, że proponowane przez nas materiały spełniają wymagania stawiane przez Zamawiającego w treści SIWZ w zakresie równoważności. Dodatkowo załączamy kartę materiałową dla proponowanych słupów, posiadającą więcej szczegółowych informacji technicznych”. Do pisma załączono kartę wyrobu LSNG4,5+KS05 zawierającą bardziej szczegółowe informacje techniczne i wymiary. Wskazano w niej, iż korona słupa wykonana jest ze stali oraz podano wymiary 600mm każde ramię korony (łącznie 1200mm).

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, iż:

„Zamawiający wymagał w dokumentacji przetargowej w punkcie 3.7 SIWZ zastosowania słupów i lamp oświetleniowych zgodnych z dokumentacją przetargową pod warunkiem spełnienia przez nie parametrów technicznych i estetycznych określonych poprzez materiały wymienione z nazwy. oferta nie spełnia w/w warunku w następującym zakresie.

I. Korona słupa w projekcie – aluminiowa, zaproponowana przez oferenta stalowa - niespełniony warunek parametrów technicznych,

- II. *Wymiar korony w projekcie -815 cm (powinno być – mm), wymiar zaproponowany przez oferenta 600 cm (powinno być mm) – niespełniony warunek parametrów technicznych,*
- III. *Wysokość atrapy w projekcie -1395 mm, wysokość zaproponowana przez oferenta 1450 mm - niespełniony warunek parametrów technicznych,*
- IV. *Zaproponowane przez Państwa firmę oprawy oświetleniowe znacznie odbiegają pod względem estetycznym od opraw przyjętych w projekcie (na niekorzyść przez oferenta zaproponowanych) –niespełniony warunek estetyczny.”*

Pomimo nieściśłości w sformułowaniu informacji o przesłankach odrzucenia oferty wynika z niej, iż Odwołujący nie zachował parametrów wymaganych od oferty zawierającej materiały równoważne zgodnie z pkt 3.7 SIWZ.

W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny Izba zważyła co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie posiada braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Odwołujący spełnia również przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Złożył ofertę z najniższą ceną (jedyne kryterium oceny ofert), która została przez Zamawiającego odrzucona. Miałby zatem możliwość uzyskania zamówienia w sytuacji potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu, której to możliwości na skutek podnoszonych naruszeń ustawy Pzp został pozbawiony.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ wraz z załącznikami w szczególności specyfikacjami technicznymi i projektami technicznymi-budowlanymi, ofertę Odwołującego, pismo Zamawiającego z dnia 16 września 2011 r., odpowiedź Odwołującego z dnia 22 września 2011 r., pismo z dnia 26 września 2011 r. o odrzuceniu oferty, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, kartę katalogową wysięgnika R27 oraz słupa A1A Art-Metal przedłożone przez Odwołującego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uwzględniając stanowiska Stron, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, Izba stwierdziła, co następuje.

Pkt 3.7 SIWZ przewidywał: „*Wszelkie wymienione w dokumentacji projektowej oraz w Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i przedmiarze robót urządzenia i materiały*

mają na celu określenie wymaganych minimalnych parametrów, co oznacza, że dopuszcza się materiały innych producentów pod warunkiem spełnienia parametrów technicznych i estetycznych określonych poprzez materiały wymienione z nazwy". Powyższe postanowienie było jedynym, które odnosiło się do równoważności. Zamawiający w SIWZ nie wskazał ani co rozumie pod pojęciem parametrów technicznych czy estetycznych, ani nie uszczegółowił warunków badania równoważności. Nie wskazał również, jakie dokumenty należy przedłożyć, aby wykazać zaoferowanie materiału równoważnego. Odwołujący nie kwestionował przed złożeniem oferty postanowień SIWZ w zakresie opisu wymagań Zamawiającego stawianych ofertom równoważnym, mimo, że w odwołaniu wskazuje, że żądanie, aby zastosowany w ofercie sprzęt był identyczny jak ten Zamawiającego, zaprzecza zasadzie równoważności, ponieważ powoduje niemożliwość złożenia oferty równoważnej, jako że nie ma dwóch identycznych słupów czy opraw oświetleniowych. Skoro obecnie Odwołujący tę okoliczność wskazuje, a jest profesjonalistą na rynku oświetlenia ulicznego, to, zdaniem Izby, miał tę wiedzę także na etapie przygotowywania oferty, tj. iż powyżej przedstawiony opis zasad równoważności może utrudnić mu czy wręcz uniemożliwić zaoferowanie materiałów równoważnych. Zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp na Odwołującym ciążył dowód, że oferowane przez niego słupy, wysięgniki i oprawy oświetleniowe spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Jest to obowiązek, który wynika z ustawy Pzp, stąd nawet brak wskazania w tym zakresie w treści SIWZ nie skutkuje zwolnieniem wykonawcy z wykazania równoważności. Może on w tym celu posługiwać się wszelkimi sposobami, które pozwolą na wykazanie równoważności. Zamawiający natomiast, który nie wskazał jakiego typu dokumentów oczekuje wraz z ofertą w celu wykazania równoważności, zobligowany będzie do zastosowania w tym zakresie procedury wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyby wykonawca w ofercie nie zawarł takich dokumentów czy też, zdaniem Zamawiającego, nie potwierdzały one równoważności. Tym bardziej zatem, w interesie Odwołującego, było przeciwdziałanie opisowi przedmiotu zamówienia w zakresie równoważności w taki sposób, aby Odwołujący miał trudności lub nie mógł wykazać, że wymagania Zamawiającego spełnia. Odwołujący jednakże w tym zakresie na etapie przygotowania oferty pozostał bierny i uznał, że przy sporządzonym przez Zamawiającego opisie ofert równoważnych może złożyć ofertę, która będzie odpowiadać wymogom Zamawiającego. Dopiero na etapie badania i oceny jego oferty pod względem zgodności z treścią SIWZ, Odwołujący podnosi, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań dotyczących parametrów równoważności był wadliwy i w rzeczywistości równoważności nie dopuszczał. Równocześnie jednak w oparciu o taki opis złożył ofertę, w której zastosował rozwiązania według niego równoważne, na co także wskazywał w odwołaniu. Musiał zatem dokonać wykładni pt 3.7 SIWZ i w oparciu o tę wykładnię dokonał wyboru przedmiotu oferty (słupy, wysięgniki, oprawy). Tym samym

niezasadne jest twierdzenie Odwołującego wynikające z pisma z 22 września 2011 r., iż nie obciążał go obowiązek wykazania równoważności, skoro Zamawiający dokumentów na potwierdzenie równoważności nie wymagał. Rację miał zatem Zamawiający, iż zastosował procedurę wyjaśnień, wzywając Odwołującego do przedłożenia specyfikacji technicznych zaoferowanych materiałów. Żądanie to było tym bardziej uzasadnione, iż załączony do oferty dokument określany jako karta katalogowa (czy też opis – Odwołujący nie przyporządkował nazewnictwa do określonego dokumentu), słupa wraz z koroną nie zawierał nawet oznaczeń oferowanego słupa i korony, nie wskazywał wymiarów oraz zawierał jedynie podstawowe parametry techniczne, co uniemożliwiało porównanie ze słupem i koroną określonymi w projekcie. Odwołujący miał obowiązek zarówno wskazania, iż oferuje materiały równoważne, jak i wykazania równoważności. Istotnie choć w przepisach ustawy Pzp brak przepisu, który wprost nakładałby na Zamawiającego obowiązek precyzowania wymogów, parametrów, odnoszących się do dopuszczalnego zakresu równoważności ofert, wskazywania określonych parametrów i ich minimalnych wielkości dla oceny równoważności oferowanych produktów, niemniej jednak wskazanie dopuszczalnego zakresu równoważności ofert należy uznać co najmniej za pożądane w świetle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zawartych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a nadto przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zakazującego opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby ograniczać uczciwą konkurencję. Podanie przez Zamawiającego tzw. parametrów równoważności ma zapobiegać arbitralności Zamawiającego na etapie oceny ofert i umożliwić wykonawcom kontrolę nad decyzjami Zamawiającego tak przy doborze parametrów równoważności, w celu zapewnienia rzeczywistej konkurencji, jak i na etapie badania ofert, aby oferta równoważna nie została przez Zamawiającego niesłusznie wyeliminowana. W orzecznictwie podnosi się, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, będących wynikiem błędów lub braku wymaganej staranności przy sporządzaniu dokumentacji postępowania przez Zamawiającego, w tym w szczególności przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby nie oznacza to jednak, iż w sytuacji gdy wykonawca świadomie i dobrowolnie rezygnuje z możliwości kontroli prawidłowości czynności Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (w drodze zapytań do SIWZ, czy wniosków o modyfikację SIWZ), co jak podkreślał Zamawiający było dla niego jednoznaczne z tym, iż postanowienie pkt 3.7 SIWZ jest dla wykonawców jednoznaczne, to na etapie składania ofert postanowienia te należy uznać za niezastrzeżone czy nieistniejące. Izba nie podziela takiego rozumowania. Przede wszystkim podkreślenia wymaga fakt, że to na wykonawcy składającym ofertę równoważną ciąży obowiązek dowodowy. Jeśli wykonawca nie korzysta z możliwości kontroli prawidłowości czynności Zamawiającego, które na kwestię wykazania równoważności mają wpływ w drodze dostępnych mu środków, to oznacza to, że na etapie oceny ofert pozostaje mu wykazanie, że

jego oferta jest ofertą równoważną. W opinii Izby należy zatem dokonać wykładni odpowiednich postanowień SIWZ i w oparciu o tę wykładnię ocenić zgodność oferty z treścią SIWZ. Zdaniem Izby brak jest przesłanek do przyjęcia, aby w przypadku nieprawidłowej redakcji SIWZ w zakresie równoważności, obowiązek dowodowy wykonawcy składającego ofertę równoważną był całkowicie uchylony i każde rozwiązanie, które wykonawca postrzega za równoważne, tak było ocenione. Zamawiający wymagał, aby materiał równoważny spełniał parametry techniczne i estetyczne określone przez materiał referencyjny wskazany z nazwy. Ustalając zakres pojęcia parametry techniczne, Zamawiający wyjaśniał, iż obejmował nim zarówno materiał, z którego miały być wykonane słupy czy wysięgniki, jak i wymiary słupa referencyjnego wraz z wysięgnikiem i oprawami oświetleniowymi. Odwołujący podnosił natomiast, iż w jego opinii materiał nie jest parametrem technicznym. Za taki parametr uznać należy właściwości, które wynikają z normy wskazanej w dokumentacji projektowej PN-40-3-1, PN-40-3-3, a odnoszące się do obciążenia wiatrem. Wskazywał także na brak różnicy w użytkowaniu i trwałości (w tym utylizacji) pomiędzy koroną słupa ze stali nierdzewnej a aluminiową. Podnosił, że SIWZ odmiennie niż w przypadku słupa nie zawierała wymogu, aby korona słupa była aluminiowa. Powoływał się na brzmienie specyfikacji technicznej, gdzie jego zdaniem wyraźny wymóg w zakresie zastosowania aluminium odnosił się do słupa, a co do wysięgnika nie określono, z czego ma być wykonany, zatem w tym zakresie wykonawca nie był zobligowany do zastosowania się do wymogu, jako że go nie postawiono. W ocenie Izby powyższa argumentacja potwierdza, iż Odwołujący, interpretując SIWZ, uznawał, iż materiał stanowi parametr techniczny, o którym mowa w pkt 3.7 co do którego należy zachować zgodność z SIWZ tam, gdzie SIWZ go określa. Zdaniem Izby nie jest słuszna argumentacja Odwołującego, iż w SIWZ nie określono materiału, z którego ma być wykonany wysięgnik. Odwołujący pomija ustalenia zawarte w projekcie technicznym-budowlanym. Projekt opracowany jest w oparciu o słup A1A/2xR27/2x01. Oznaczenie R27 oznacza wysięgnik (składający się na koronę słupa) taki, jak w projekcie. Ponadto w projekcie zamieszczona była karta katalogowa słupa A1A wraz z wysięgnikiem R27, gdzie dla wysięgnika określono jako materiał aluminium. Projekt techniczny-budowlany w pkt 7 zawierał stwierdzenie, iż słupy i wysięgniki nie wymagają ochrony antykorozyjnej ze względu na zastosowany materiał, co według Izby potwierdza, iż miały być wykonywane z tego samego materiału, którego rodzaj dla słupów nie budził wątpliwości Odwołującego. Ponadto brak jest zdaniem Izby merytorycznych argumentów przemawiających za stanowiskiem Odwołującego, iż kartę katalogową słupa oświetleniowego wraz z wysięgnikiem i oprawami oświetleniowymi zawartą w dokumentacji projektowej uznawał nie za materiał wiążący w procesie wykonywania zamówienia, lecz poglądowy. Karta ta zawierała nie tylko wskazanie materiałów, ale szczegółowo opisywała zwymiarowanie słupa oraz jego wygląd, a projekt sporządzony został w oparciu o ten właśnie słup, wysięgnik (koronę słupa) i oprawy. W

ocenie Izby takie stanowisko jest nieuprawnione. Odwołujący nie może także powoływać się na okoliczność, iż materiały, które pobrał z katalogu producenta odnośnie wysięgnika R27, nie określają w danych technicznych rodzaju materiału, z którego został wykonany. Wykonawcę wiążą ustalenia wynikające z dokumentacji projektowej, a te podawały aluminium jako materiał, z którego miał być wykonany wysięgnik. Izba nie uznała także za przekonującą argumentacji Zamawiającego, iż dokonywał oceny równoważności materiału zaoferowanego przez Odwołującego i wskazanego w projekcie i uznał, iż równoważność ta nie jest zachowana, gdyż w szczególności skutkować będzie zwiększeniem kosztów utrzymania oświetlenia. Zdaniem Izby przeczy temu treść uzasadnienia odrzucenia oferty, gdzie wyraźnie odwołano się do niezgodności z parametrem materiałowym uznanym za parametr techniczny. Tym samym argument Odwołującego, że SIWZ nie określała z jakiego materiału należy wykonać koronę słupa nie może się ostać. Zaproponowanie wysięgnika (korony słupa) z innego materiału niż ten, który był przewidziany w projekcie oznacza niegodność oferty z treścią SIWZ.

Co do wymiaru korony słupa zakwestionowanego przez Zamawiającego, Odwołujący wskazywał, iż wymiar korony słupa nie był parametrem, który Zamawiający określił jako obowiązujący w postępowaniu jako niezmienny i brak jest uzasadnienia dla limitowania wielkości ramienia ww korony słupa. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, jako że wymiar korony słupa w projekcie wynosił 815 mm dla każdego ramienia, a Odwołujący zaproponował 600mm. Zamawiający uznał, iż nie został spełniony parametr techniczny, bo za taki uznawał szczegółowe zwymiarowanie wysięgnika. Odwołujący słusznie zauważał, iż w zakresie wymiaru korony słupa (wysięgnika) Zamawiający w treści Specyfikacji technicznej ogólnie określił wymiary wysięgnika jednoramiennego i dwuramiennego jako 0,5-1,5 m. Równocześnie w projekcie wskazano na wymiar wysięgnika dwuramiennego – 1 m. Wysięgnik R27 wskazany w projekcie miał 81,5 cm każde ramię. Tym samym można uznać, iż poprzez powyższe sformułowania w treści dokumentacji zamówienia Zamawiający stworzył wrażenie, iż w przypadku wymiarów wysięgnika dopuszcza określoną tolerancję wymiarową. Wykonawca, który zaoferował koronę dwuramienną o szerokości 60 cm każde ramię mógł uznawać, iż mieści się w granicach wyznaczonych przez Zamawiającego. Stanowcze stanowisko Zamawiającego co do niezgodności z konkretnym wymiarem podanym dla wysięgnika R27 wskazanym w karcie katalogowej zawartej w projekcie pozostawałoby także w sprzeczności z zasadą równoważności, jako że zapewne nie ma wysięgnika w 100% zbieżnego z tak szczegółowym wymiarem, jak określony w projekcie. Równoważnym byłby zatem tylko ten sam produkt, co zaprzecza istocie równoważności. Tym samym, odwołując się do określonej tolerancji, jaką mogła sugerować dokumentacja projektowa, należałoby uznać iż Odwołujący mógł uznawać za dopuszczalne zaoferowanie

wysięgnika, który nie odpowiadał szczegółowym wymiarom wysięgnika R27. W tym zakresie stanowisko Zamawiającego, iż oferta Odwołującego nie spełnia wymogów SIWZ w zakresie wymiaru wysięgnika 815mm nie byłoby prawidłowe. Podobnie w zakresie parametru wysokości atrap uznanie niedopuszczalności jakichkolwiek odchyleń co do tej wysokości od wskazanej w projekcie zaprzecza istocie równoważności (ponadto w karcie katalogowej zawarte było oznaczenie sugerujące orientacyjny charakter powyższego parametru, tj. „~1395mm”). Izba nie uznała za przekonujące, iż w skali 5,5 m słupów rozstawionych co 25-26 m różnica 55 mm w wysokości atrap, nawet w sytuacji sąsiedowania z ulicami, na których istniejące słupy są wyposażone w atrapy na wysokości 1395mm, jest tak znacząca, iż nie jest możliwe dopuszczenie tolerancji w tym zakresie pozwalającej na uznanie zaproponowanego rozwiązania za równoważne. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie odwoływał się do parametru estetycznego, lecz technicznego, a rozszerzenie argumentacji prezentowane na rozprawie wykracza poza uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty.

W odniesieniu do niespełnienia parametru estetycznego Zamawiający w uzasadnieniu wskazywał, iż zaproponowane przez Odwołującego oprawy oświetleniowe znacznie odbiegają pod względem estetycznym od opraw przyjętych w projekcie na niekorzyść zaproponowanych przez Odwołującego. Przede wszystkim należy zauważyć, iż wbrew temu co twierdzi Odwołujący, pojęcie „parametry estetyczne” jako miernik równoważności było wskazane w treści SIWZ (pkt 3.7). Tym samym Odwołujący miał, a przynajmniej powinien mieć taką świadomość, iż parametr ten będzie podlegał weryfikacji Zamawiającego, gdy zaoferuje materiał równoważny do określonego w dokumentacji projektowej. Uznać należy, iż nie budziło ono wątpliwości Odwołującego na etapie sporządzania oferty, w której chciał zaoferować materiały równoważne, skoro nie skierował do Zamawiającego ani zapytania co do rozumienia tego pojęcia ani wniosku o jego uszczegółowienie czy zmianę. Oczywiście wystąpienie o wyjaśnienie treści SIWZ pozostaje uprawnieniem wykonawców, a nie ich obowiązkiem, jednak brak takiego wystąpienia wiąże się z ryzykiem sporządzenia oferty, która zostanie przez Zamawiającego zakwestionowana. Wykonawca nie może w każdym przypadku przenosić oceny jasności czy też niejasności dla niego danego pojęcia użytego w SIWZ, kluczowego dla skuteczności jego oferty, na etap oceny ofert, opierając się na stanowisku, iż każde sformułowanie uznane przez niego za niejasne Zamawiający musi zinterpretować bez negatywnych dla wykonawcy konsekwencji. Zdaniem Izby orzecznictwo, na które powołuje się Odwołujący, podkreśla przede wszystkim, iż gdy z danego postanowienia SIWZ można wywieść więcej niż jedno logiczne, zgodne zasadami gramatyki i składni jego rozumienie, należy je zaakceptować i nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty z powodu niegodności z treścią SIWZ. W tym znaczeniu

brak jest po stronie wykonawców negatywnych konsekwencji, ponieważ nie mają oni obowiązku ustalać, co było intencją Zamawiającego, o ile ta intencja nie została precyzyjnie wyrażona. Świadczy o tym także orzeczenie KIO z dnia 28 września 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1985/10 przytoczone na potwierdzenie stanowiska Odwołującego, a które, zdaniem Izby, jest nieadekwatne do stanu faktycznego niniejszej sprawy. Odnosi się ono do oceny zgodności z SIWZ sprzętu medycznego. W wyroku tym Izba wskazała: „*Odwołujący nie wykazał znaczenia słowa „konstrukcja”, mimo iż podnosił, że oferowane przez GE Medical System Polska Sp. z o.o. urządzenie nie stanowi urządzenia o zmienionej konstrukcji. Słowo „konstrukcja” nie posiada definicji normatywnej, tak więc używając go w danym znaczeniu (tak jak w przedmiotowej sprawie próbuje to interpretować Odwołujący) należy to znaczenie zdefiniować. Jeżeli zaś nie zostało zdefiniowane przez Zamawiającego znaczenie tego słowa, należy je rozumieć szeroko, przy zastrzeżeniu, iż wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, które byłyby wynikiem interpretacji dokonywanych na etapie oceny ofert, bowiem wszelkie niekonsekwencje w treści SIWZ nie mogą być tłumaczone na niekorzyść wykonawcy. W ocenie Izby to na Odwołującym spoczywał obowiązek udowodnienia, iż „konstrukcja” to pierwotna budowa urządzenia / aparatu związana z datą wprowadzenia go rynek a nie ta zmodyfikowana i zmieniona, unowocześniona, bowiem ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*” Bez wątplenia zatem także postanowienia SIWZ, które zostały sformułowane w sposób bardziej ogólny podlegają wykładni opartej na zwyczajowym, potocznym rozumieniu użytych tam pojęć, przy uwzględnieniu całokształtu regulacji SIWZ. Nie można więc zgodzić się z Odwołującym, iż skoro dopuszczenie możliwości składania ofert z użyciem materiałów równoważnych musi powodować różny wynik dla efektu estetycznego, a Zamawiający nie limitował granic dla oczekiwanego efektu estetycznego, to nie może obecnie odrzucić oferty za niedochowanie bliżej nieokreślonego efektu estetycznego. Odwołujący nie dokonuje w odwołaniu żadnej próby wykładni pojęcia warunku (parametru) estetycznego. Z jego stanowiska zdaje się wynikać teza, iż skoro Zamawiający nie wyznaczył granic równoważności parametrów estetycznych poprzez wskazanie, jakie elementy będą brane pod uwagę przy ocenie materiału równoważnego, to w istocie każdy efekt estetyczny przyjęty przez wykonawcę składającego ofertę równoważną należy uznać za właściwy. Z powyższym nie sposób się zgodzić. Istotnie Zamawiający w treści SIWZ w odniesieniu do parametrów równoważności nie sprecyzował, jakie elementy będą przez niego brane pod uwagę przy ocenie takiej zgodności. Równocześnie jednak odniósł warunek spełnienia parametrów estetycznych do materiałów, które zostały określone z nazwy i których karta katalogowa wraz z rysunkiem została załączona do dokumentacji, a zatem to one wyznaczają kierunek interpretacji tego pojęcia. Nie jest zatem tak, jak chce Odwołujący, że te granice nie zostały w ogóle wyznaczone, czy też wykonawca który nie zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie

tego pojęcia, jest całkowicie zwolniony z zachowania powyższego parametru. Izba ponownie podkreśla, że art. 30 ust. 5 ustawy Pzp obliguje wykonawcę do wykazania równoważności. Wykonawca musi zatem dokonać wykładni treści SIWZ i uzasadnić zachowanie przez siebie równoważności, czego w odwołaniu nie uczynił. Dopiero na rozprawie podnosił, iż parametr ten miał charakter subiektywny i kierując się kartą katalogową mógł zaproponować rozwiązanie estetycznie równoważne. Tym samym sam przyznał, iż to właśnie dane zawarte w karcie katalogowej wyznaczały granice dla parametrów estetycznych. Przyjmując możliwie szerokie rozumienie tego pojęcia, parametr estetyczny odnosi się do wyglądu zaproponowanego rozwiązania równoważnego. Rozwiązanie to musi być zatem spójne ze stylistyką materiału referencyjnego, pozostawać z nim zbieżne w zakresie kształtu, wielkości, koloru, materiału. Materiał równoważny musi być zatem na tyle zbliżony wyglądem do materiału referencyjnego, aby jego wykorzystanie nie powodowało estetycznego dysonansu, tj. aby różnice były praktycznie niezauważalne. Odnosząc się do podawanego na rozprawie przykładu przechodnia, w przypadku oświetlenia zachowanie parametrów estetycznych przez materiał równoważny wymagało zaproponowania rozwiązania, które dla przeciętnego przechodnia nie różni się w zauważany sposób od oświetlenia istniejącego. Odwołujący w swoich wywodach pomija bowiem, że przedmiot zamówienia dotyczy rozbudowy oświetlenia już istniejącego, czego miał pełną świadomość zarówno w oparciu o dokumentację postępowania, jak i wizję lokalną, którą, jak przyznał, przeprowadził. Odwołujący podkreślał, że rygorystyczne podejście do zachowania warunku estetycznego jest uzasadnione, gdy wymienia się oświetlenie w ramach już istniejącego, natomiast w niniejszym przypadku rozbudowa polega na montowaniu oświetlenia na nowych ulicach. W ocenie Izby takie stanowisko jest niezasadne. To czy oświetlenie realizowane w ramach obecnego postępowania dotyczy nowych ulic, a nie jest wyłącznie zastąpieniem, wymianą istniejącego oświetlenia, nie wpływa na rozszerzenie granic warunku. Zamawiający ma bowiem prawo oczekiwać spójności stylistycznej istniejącego i nowego oświetlenia gwarantującej uporządkowanie wizualne infrastruktury oświetleniowej miejscowości, zwłaszcza, że nowe oświetlenie montowane będzie na ulicach sąsiadujących z ulicami, gdzie oświetlenie wizualnie zbieżne z projektem jest już zamontowane. Zdaniem Izby nie powinno budzić żadnej wątpliwości Odwołującego, niezależnie od sformułowania pkt 3.7 SIWZ, iż oprawy oświetleniowe zaproponowane przez Odwołującego jako równoważne winny być wizualnie podobne do opraw oświetleniowych wskazanych w projekcie, tj. zachowywać taką spójność cech wspólnych, aby cechy odróżniające nie wpływały na ogólny wygląd czy charakter opraw. Do utrzymania takiej spójności nie wystarczy, aby zaoferowane oprawy były oprawami stylizowanymi, z pewnością należy zachować ten sam kształt opraw tak, aby nie odróżniały się od opraw istniejących. Oprawa 01 Vera ujęta w projekcie jest oprawą sześciokątną, o sześciu ściankach bocznych, widocznie od siebie oddzielonych. Tymczasem

zaoferowana przez Odwołującego oprawa oświetleniowa EP 145, jak wynika z rysunków przez niego załączonych, jest oprawą czterokątną, o czterech płaszczyznach bocznych. Nie odpowiada zatem kształtem oprawie wskazanej w projekcie, jako że są to odmienne bryły geometryczne. Bryła sześciokątna jest niewątpliwie bryłą bardziej urozmaiconą, skomplikowaną (por. wyrok KIO z dnia 22 września 2011 r. sygn. akt KIO 1932/11). Ponadto lampa 01Vera posiada bardziej dekoracyjną pokrywę, odmienną stylistycznie od pokrywy lampy E 145. W opinii Izby powyższe różnice są oczywiste nie tylko dla profesjonalisty na rynku oświetlenia ulicznego. Nie sposób bowiem uznać, aby efekt wizualny zastosowania opraw oświetleniowych o odmiennym kształcie gwarantował spójność stylistyczną z obecnie istniejącym oświetleniem. Nawet zatem szerokie rozumienie zachowania parametrów estetycznych nie pozwala, w ocenie Izby, na zaakceptowanie jako równoważnej oprawy oświetleniowej zdecydowanie różniącej się kształtem. Odwołujący poza powołaniem się na brak precyzji sformułowania pkt 3.7 SIWZ w tym zakresie nie przedstawił przekonującej argumentacji potwierdzającej równoważny estetycznie charakter zaoferowanych przez niego opraw oświetleniowych z oprawami referencyjnymi wskazanymi w projekcie. Odnosząc się do braku możliwości polemiki z Zamawiającym, należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, iż zaproponowane przez Odwołującego oprawy oświetleniowe znacznie odbiegają pod względem estetycznym od opraw przyjętych w projekcie, a zatem niespełniony jest warunek estetyczny. Istotnie uzasadnienie faktyczne nie jest szczegółowe, jednak już samo porównanie opraw zaoferowanych i ujętych w projekcie daje możliwość polemiki z Zamawiającym. Różnice stylistyczne co do kształtu czy ornamentyki dostrzegalne są bowiem gołym okiem, bez szczególnie wnikliwego badania pozostałych parametrów. Intencja Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty musiała być zatem dla Odwołującego – profesjonalisty na rynku oświetlenia ulicznego - czytelna, jako że zaferował oprawy oświetleniowe o kształcie i stylistyce nie pokrywającej się z projektem, odmienne wizualnie od oświetlenia istniejącego. Ponadto na etapie składania ofert, decydując się na ofertę równoważną, musiał dokonać na własne potrzeby wykładni pojęcia parametru estetycznego, tymczasem w treści odwołania do takiej wykładni w ogóle się nie odwołał, poprzestając na argumentacji, iż brak precyzji Zamawiającego w sporządzaniu SIWZ nie może obciążać go jako wykonawcę. Zdaniem Izby jest to argumentacja niewystarczająca dla potwierdzenia równoważności oferty, a przez to jej zgodności z treścią SIWZ. Stanowisko Zamawiającego uznające, iż zaoferowane przez Odwołującego oprawy oświetleniowe nie spełniają parametru estetycznego wyznaczonego poprzez odniesienie się do opraw referencyjnych uznać należy zatem za zasadne.

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 pkt 7 oraz

ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sprzeczny z ww. przepisami opis przedmiotu zamówienia, gdyż Zamawiający de facto nie dopuścił zastosowania w ofertach sprzętu równoważnego oraz poprzez sprzeczne z ww. przepisami działanie Zamawiającego polegające na niedopuszczeniu zastosowania sprzętu koniecznego do wykonania zamówienia równoważnego do sprzętu, w oparciu o który Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w SIWZ. Odwołujący zarzucił także Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 146 ust. 6 ustawy Pzp poprzez nieunieważnienie postępowania przetargowego obciążonego nieusuwalną wadą w postaci wadliwego zastosowania przepisów określonych w pkt 1 i 2 odwołania (tj. art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) polegającą na rażącym naruszeniu zasady uczciwej konkurencji poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o zarzuty wskazane w piśmie Zamawiającego z dnia 26 września 2011 r., mimo, iż w ofercie Odwołujący zaoferował rozwiązania równoważne do tych zastosowanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, a nadto wobec potwierdzenia przez Zamawiającego w piśmie z dnia 26 września 2011 r. tego, iż nie dopuścił on ofert składanych z użyciem sprzętu równoważnego do opisanego w SIWZ - nn. postępowanie obciążone byłoby nieusuwalną wadą postępowania kwalifikującą umowę zawartą w ramach postępowania jako nieważną. Abstrahując od oczywistej omyłki w treści zarzutu, tj. powołania pkt 7 art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który nie istnieje, Izba pozostawiła powyższe zarzuty bez rozpoznania. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość oszacowano na kwotę mniejszą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp zgodnie z brzmieniem art. 180 ust. 2 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie wobec enumeratywnie tam wymienionych czynności Zamawiającego. W katalogu tym nie mieści się ani opis przedmiotu zamówienia ani zaniechanie przez Zamawiającego unieważnienia postępowania, w tym na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Fakt, iż ustawodawca dla postępowań, których wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza równowartości kwot określonych w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp nie przewidział możliwości wnoszenia środków ochrony prawnej w pełnym zakresie, nie oznacza, że dopuszczalne jest sanowanie tego rozwiązania prawnego poprzez żądanie dokonania oceny przez Izbę niezaskarżalnych postanowień SIWZ oraz niezaskarżalnych zaniechań Zamawiającego odnoszących się do unieważnienia postępowania, gdy zaistnieje okoliczność uzasadniająca, zdaniem wykonawcy, tę czynność, na etapie po upływie terminu składania ofert. Izba stoi na stanowisku, że dopuszczenie do takiego działania byłoby obejściem ograniczeń wnoszenia środków ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych (por. wyrok KIO z dnia 29 września 2010 r. sygn. akt KIO 1982/10). Oczywiście uznanie na etapie oceny ofert, że zasady równoważności nie zostały w prawidłowy sposób ustalone (np. równoważność była w gruncie rzeczy iluzoryczna, skoro

należało wykazać się produktem tożsamym w każdym parametrze ze wskazanym w dokumentacji projektowej czy nie określono precyzyjnych parametrów równoważności pozwalających wykonawcom na jednoznaczne ustalenie co mogą zaoferować jako materiał równoważny, wyłączając w tym zakresie arbitralność czy subiektywność oceny Zamawiającego), co skutkuje niemożnością rzetelnej oceny oferty w zakresie równoważności, może stać się dla Zamawiającego podstawą dla oceny, czy nie zachodzi przesłanka unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wykonawca jednak nie jest uprawniony do wniesienia środka ochrony prawnej podlegającego merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę ani wobec niezaskarżalnych postanowień SIWZ w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia ani wobec zaniechania unieważnienia postępowania, gdy powyższa argumentacja nie spowoduje działania Zamawiającego oczekiwanego przez wykonawcę. Pozostawałoby to w sprzeczności z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż nie zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, toteż orzeczono jak w sentencji. Wprawdzie odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie niezgodności wymiarowej korony słupa i wysokości atrapy Izba uznała za niezasadne, jednak nie zmieniło to sytuacji Odwołującego i nie mogło spowodować przywrócenia jego oferty do postępowania. Oferta ta zatem nie mogła okazać się ofertą najkorzystniejszą i w ten sposób wywrzeć wpływ na wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: