

Sygn. akt: KIO 2128/19

WYROK

z dnia 8 listopada 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2019 roku przez Odwołującego: **Signify Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pile** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gminę Poniatowa z siedzibą w Poniatowej**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie**
- 2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Signify Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pile i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j.), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Poniatowa w Poniatowej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „**Modernizacja oświetlenia ulicznego oraz dobudowa nowych punktów i linii oświetleniowych w Gminie Poniatowa wraz z zapewnieniem finansowania**”, znak sprawy: **INP.271.12.2019**” zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16 października 2019 roku, Numer 610987-N-2019.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 u Pzp.

W dniu 21 października 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione przez wykonawcę Signify Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Pile (zwanego dalej Odwołującym) odwołanie wobec zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”)

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 31 ust. 1-4 w zw. z §19 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2013 r., poz. 1129 z późn. zm.) (dalej: „rozporządzenie”), poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane w sposób sprzeczny z wymogami ustawy, w tym zwłaszcza w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a mianowicie poprzez obciążenie wykonawcy obowiązkiem wykonania czynności, które nie stanowią części robót budowlanych, a które to obowiązki leżą po stronie Zamawiającego, jak i poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego, który nie spełnia podstawowych wymagań określonych przepisami prawa, a mianowicie nie zawiera oświadczenia Zamawiającego stwierdzającego jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, informacji dotyczących pomiarów ruchu drogowego, porozumienia, zgód lub pozwoleń oraz warunków technicznych i realizacyjnych związanych z przyłączeniem obiektu do istniejącej sieci

energetycznej oraz dodatkowych wytycznych i uwarunkowań związanych z budową, wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu odwołania, a tym samym zaniechanie sporządzenia programu funkcjonalno-użytkowego w sposób umożliwiający ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych oraz przygotowanie oferty szczególnie w zakresie obliczenia jej ceny;

2. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 31 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niespójny, co stanowi praktykę, która może utrudnić uczciwą konkurencję, jak również, która może narazić wykonawcę na odrzucenie jego oferty w sytuacji, w której dokona wyboru jednego z dwóch różnych wariantów dostarczanego produktu, a który to wariant zostanie przez Zamawiającego uznany za niewłaściwy;
3. art. 5, 6, 7, 11, 11a i 13 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 118) (dalej: „ustawa o terminach zapłaty”), poprzez ustalenie terminu zapłaty dłuższego niż 30 dni bez przewidzenia możliwości dochodzenia odsetek ustawowych po upływie 30 dni, liczonych od dnia spełnienia swojego świadczenia i doręczenia dłużnikowi faktury, potwierdzającej wykonanie usługi, do dnia zapłaty, a także poprzez ustalenie w umowie harmonogramu spełnienia świadczenia pieniężnego w 144 częściach, pomimo tego, że ustalenie takie jest rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela;
4. art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 3531 k.c., poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego, co przejawia się w określeniu sposobu rozliczenia pomiędzy stronami w cyklicznych płatnościach w okresie 144 miesięcy (12 lat) od dnia odbioru prac;
5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem robót.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikację treści SIWZ, poprzez zobowiązanie Zamawiającego do:

1. uzupełnienia programu funkcjonalno-użytkowego, zgodnie z wymaganiami określonymi w §19 rozporządzenia, w tym zwłaszcza o:
 - a. oświadczenie Zamawiającego stwierdzające jego prawo do dysponowania nieruchomościami na cele budowlane (łącznie z wykazem działek, na których będą prowadzone roboty),

- b. rysunki i schematy planowanych do budowy nowych linii oświetleniowych wykonanych na kopii mapy zasadniczej,
 - c. informacje dotyczące pomiaru ruchu drogowego - kołowego i pieszego, w lokalizacjach, w których zaplanowano wymianę lub montaż nowych punktów świetlnych i linii oświetleniowych w celu określenia dopuszczalnego poziomu i czasu redukcji mocy,
 - d. porozumienia, zgody lub pozwolenia, a w szczególności warunki techniczne PGE Dystrybucja, właściwy Oddział, związane z przyłączeniem obiektów do istniejących sieci energetycznych,
 - e. inwentaryzację istniejącego oświetlenia drogowego w szczególności geometrii wszystkich dróg (sytuacji oświetleniowych), na których przewiduje się wymianę opraw w zakresie co najmniej:
 - szerokość drogi,
 - odstęp słupa od drogi,
 - odstęp pomiędzy słupami,
 - długość wysięgników,
 - kategorii przyporządkowanych poszczególnym drogom przydzielonych zgodnie z przywołaną normą oświetleniową PN-EN 13201,
 - współczynnika zapasu (utrzymania),
 - f. komputerowe obliczenia fotometryczne wykonane w poszczególnych sytuacjach oświetleniowych potwierdzające, że Zamawiający z należytą starannością opisał przedmiot zamówienia i dla ilości i mocy (wartości strumienia światła) opraw przyjętych, jak w załączniku Nr 1 do OPZ zostały wypełnione wymagania parametrów oświetleniowych, na wszystkich drogach objętych wymianą opraw, wynikających z obowiązującej normy PN-EN 13201 dla przyjętych przez Zamawiającego kategorii oświetleniowych dróg oraz współczynnika konserwacji (utrzymania);
 - g. innych dokumentów posiadanych przez Zamawiającego, o których mowa w SIWZ, które wymagane są do sporządzenia oferty, w tym zwłaszcza raportu dotyczącego natężenia ruchu pieszego i kołowego na trasie objętej wymianą lub zamontowaniem nowych punktów świetlnych, dokumentacji dotyczącej dobudowy nowych punktów świetlnych, o której mowa w pkt. 1.1.4 PFU i innych wskazanych w pkt. 1.2.1. PFU;
2. opracowania lub przekazania projektu modernizacji oświetlenia uwzględniającego klasy dróg i kategorie oświetlenia, zapewniającego osiągnięcie wymaganych normami parametrów (spełnienie wymagań określonych w normie oświetlenia drogowego PN-EN 13201 lub równoważnego systemu odniesienia) wraz z uzgodnieniami i obliczeniami fotometrycznymi i jego przedstawienia wykonawcom na etapie ofertowania;

3. ujednoczenie treści programu funkcjonalno-użytkowego i SIWZ, poprzez wskazanie właściwego poziomu dotychczasowego zużycia energii elektrycznej oraz długości nowej linii oświetleniowej;
4. zmianę postanowień SIWZ i wzoru umowy w ten sposób, że sposób finansowanie zamówienia zostanie określony zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami ustawy o terminach zapłaty.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W przypadku odwołań dotyczących postanowień ogłoszenia i treści SIWZ, które mają miejsce jeszcze przed upływem terminu składania ofert, przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą w tym wypadku może być brak możliwości złożenia oferty (por. wyrok KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt KIO 2036/10). Z taką też sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Odwołujący pragnie złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu, niemniej jednak istotne braki w dokumentacji postępowania uniemożliwiają złożenie oferty konkurencyjnej.

W uzasadnieniu odwołania wskazał, że Zamawiający w dniu 16 października 2019 r. zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie zamówienia. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia wskazuje na przygotowanie postępowania niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, co uniemożliwia złożenie konkurencyjnej oferty przez Odwołującego.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, odwołujący przedstawił następującą argumentację:

1. Zarzut dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób niedostateczny, nieprecyzyjny i niezgodny z przepisami ustawy Pzp i rozporządzenia:

W przypadku zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane, zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia za pomocą dokumentacji technicznej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Jeżeli zamawiający ma zamiar udzielić zamówienia na roboty budowlane polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego, opisuje przedmiot zamówienia za pomocą

programu funkcjonalno-użytkowego. Z przywołanych trzech dokumentów, za pomocą których należy dokonać opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, Prawo zamówień publicznych w art. 31 ust. 3 przybliżyło pojęcie programu funkcjonalno-użytkowego, który powinien obejmować opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.

Bardziej szczegółowo zakres i formę dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, jak też programu funkcjonalno-użytkowego (dalej: „PFU”) normuje rozporządzenie Ministra Infrastruktury wydane na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 31 ust. 4. Zgodnie z rozporządzeniem program funkcjonalno-użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty, szczególnie w zakresie obliczenia ceny oraz wykonania prac projektowych. Obejmuje on opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.

Merytoryczna zawartość PFU opisana została w § 18 i 19 rozporządzenia przez wskazanie na elementy składowe części opisowej i informacyjnej tego dokumentu. Część informacyjna PFU scharakteryzowana została w § 19 rozporządzenia przez wskazanie na jej niezbędne elementy w postaci dokumentów potwierdzających zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów, oświadczenia zamawiającego stwierdzającego jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, przepisów prawnych i norm związanych z projektowaniem i wykonaniem zamierzenia budowlanego i innych posiadanych informacji i dokumentów niezbędnych do zaprojektowania robót budowlanych. Podzielić przy tym należy stanowisko przedstawione w wyroku KIO z 8 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2164/16, a także z 9 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 128/18, gdzie wskazano, iż *"zestawienie powyższych regulacji prowadzi do wniosku, że PFU jest dokumentem stanowiącym w pewnej mierze ogólne wytyczne i zakładane funkcjonalności obiektu (w przedmiotowej sprawie - oświetlenia ulicznego), co odróżnia go od dokumentacji projektowej określającej szczegółowo zakres i sposób wykonania przedmiotu zamówienia (por. przepisy Rozdziału II Rozporządzenia). Powyższe można zilustrować przykładem odnoszącym się do § 19 pkt 4 Rozporządzenia, który stanowi o posiadanych przez zamawiającego (nie zaś wszystkich istniejących, czy możliwych do pozyskania) informacjach i dokumentach niezbędnych do zaprojektowania robót budowlanych. Zatem stwierdzić należy, że opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą PFU zakłada pewną niedookreśloność tego opisu wynikającą z uprawnienia wykonawcy do określenia szczegółowych rozwiązań technicznych na etapie sporządzania projektu budowlanego"*.

Program funkcjonalno-użytkowy przedstawiony przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu nie spełnia tych wymagań. W PFU Zamawiający nie wskazał następujących informacji:

- a. oświadczenia Zamawiającego stwierdzające jego prawo do dysponowania nieruchomościami na cele budowlane (łącznie z wykazem działek, na których będą prowadzone roboty),
- b. rysunków i schematów planowanych do budowy nowych linii oświetleniowych wykonanych na kopii mapy zasadniczej,
- c. informacji dotyczących pomiaru ruchu drogowego - kołowego i pieszego, w lokalizacjach, w których zaplanowano wymianę lub montaż nowych punktów świetlnych i linii oświetleniowych w celu określenia dopuszczalnego poziomu i czasu redukcji mocy,
- d. porozumienia, zgody lub pozwolenia, a w szczególności warunków technicznych PGE Dystrybucja, właściwy Oddział, związanych z przyłączeniem obiektów do istniejących sieci energetycznych,
- e. inwentaryzację istniejącego oświetlenia drogowego w szczególności geometrii wszystkich dróg (sytuacji oświetleniowych), na których przewiduje się wymianę opraw w zakresie co najmniej:
 - szerokość drogi,
 - odstęp słupa od drogi,
 - odstęp pomiędzy słupami,
 - długość wysięgników,
 - kategorii przyporządkowanych poszczególnym drogom przydzielonych zgodnie z przywołaną normą oświetleniową PN-EN 13201,
 - współczynnika zapasu (utrzymania),
- f. komputerowych obliczeń fotometrycznych wykonanych w poszczególnych sytuacjach oświetleniowych potwierdzających, że Zamawiający z należytą starannością opisał przedmiot zamówienia i dla ilości i mocy (wartości strumienia światła) opraw przyjętych;
- g. innych dokumentów posiadanych przez Zamawiającego, o których mowa w SIWZ, które wymagane są do sporządzenia oferty, w tym zwłaszcza dokumentacji dotyczącej dobudowy nowych punktów świetlnych, o której mowa w pkt. 1.1.4 PFU i innych wskazanych w pkt. 1.2.1. PFU.

Przedmiotem zamówienia w ramach niniejszego postępowania jest:

1. wymiana obecnych opraw sodowych na energooszczędne oprawy LED w ilości 1.064 szt.;
2. dobudowa oświetlenia w Gminie Poniatowa, poprzez:
 - dowieszenie co najmniej 186 nowych punktów na istniejących słupach i liniach PGE, w tym 25 sztuk na słupach bez linii zasilającej;

- budowa łącznie 200 nowych punktów świetlnych na nowych liniach o łącznej długości około 14.600 mb;
 - wyniesienie punktów zapalania ze stacji transformatorowych, wraz z zaprojektowaniem i uzyskaniem niezbędnych zezwoleń w ilości co najmniej 15 szt.;
3. ubezpieczenie na okres 36 miesięcy od daty odbioru końcowego inwestycji;
 4. wykonanie dokumentacji powykonawczej w geodezyjnym układzie odniesienia „2000/5”.

Zamawiający w części opisowej PFU w pkt. 1.1.4. wskazuje, że: *„Dokumentacja dotycząca dobudowy nowych punktów świetlnych powstawała w ciągu ostatnich kilku lat, w tym okresie technologia LED, ale i rozwiązania techniczne dostępne na rynku, zostały mocno rozwinięte i unowocześnione, w związku z tym Zamawiający zdecydował o przygotowaniu wytycznych dla wykonawców w formie niniejszego Programu Funkcjonalno-Użytkowego, celem ułatwienia przeprowadzenia inwentaryzacji w oparciu o znane wszystkim oczekiwania i wymagania Zamawiającego.”* Dalej w części *„Wymagania Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia”*, w pkt. 1.2.1. wskazuje, że *„Zamawiający przekaze wybranemu w postępowaniu przetargowym Wykonawcy komplet posiadanej dokumentacji”*. Ponadto Zamawiający wskazuje w pkt. 1.2.2. ppkt d), że *„Uwaga: Zamawiający w Załączniku do postępowania określa ilość i lokalizację nowych punktów oświetleniowych.”* Z wyżej zacytowanych fragmentów PFU wynika, iż Zamawiający posiada szczegółową dokumentację, dotyczącą nie tylko miejsc, w których ma nastąpić demontaż starego oświetlenia, ale i miejsc dobudowy nowych punktów świetlnych.

Tymczasem Zamawiający nie tylko nie przekazuje ww. dokumentacji wskazując, że przekazana ona zostanie dopiero wykonawcy, z którym zawrze umowę, ale także wymaga, by wykonawcy przedstawili obliczenia fotometryczne potwierdzające spełnienie normy oświetleniowej PN-EN 13201:2016 lub równoważnej. Zamawiający w pkt. 1.2.2. ppkt c) PFU wskazał, iż wymaga dowieszenia opraw *„dobrych na podstawie obliczeń fotometrycznych potwierdzający spełnienie normy oświetleniowej PN-EN 13201:2016 lub równoważnej. Dla opraw na słupach PGE o długości przęsła przekraczających 45m, Zamawiający wymaga spełnienia minimum normy luminancji, oraz jak najwyższego spełnienia normy równomierności.”* Zamawiający poprzez brak przedstawienia ww. dokumentów, informacji o lokalizacji i ulic (kategorie dróg) nie tylko uniemożliwia wykonanie obliczeń fotometrycznych, ale przede wszystkim dokonanie wyceny, a zatem w konsekwencji złożenie oferty. Zamawiający w przypadku trybu zaprojektuj i wybuduj powinien w PFU przedstawić wykonawcom warunki techniczne wykonania oświetlenia, trasy kablowe oraz oczekiwany poziom oświetlenia. Zamawiający musi określić oczekiwany przebieg, rodzaj drogi, technologię wykonania itp. Klasa oświetleniowa bowiem wpływa na rodzaj opraw, wysokość słupów, itp. W ramach normy oświetleniowej PN-EN 13201:2016 wykonawcy mogą proponować różne klasy oświetleniowe, w zależności od np. kategorii dróg. Nie posiadając tych informacji, wykonawca nie jest w stanie oszacować ceny. Oprawa uliczna LED o mocy

25W jest tańsza od oprawy LED 50W, czy 100W, a wszystkie mogą być wykorzystane do oświetlenia dróg na terenie gminy - w zależności od, m.in., kategorii drogi. Tak samo im wyższa klasa oświetleniowa tym gęściej należy ustawiać słupy (będzie ich więcej), lub będą wyższe (Im różnica w wysokości słupa, to ok. 100 PLN). Innymi słowy bez posiadania informacji szczegółowych, które jak wynika z wyżej wskazanych fragmentów PFU Zamawiający posiada, wykonawca, aby spełnić w jak najwyższym zakresie normę równomierności - na co Zamawiający wskazuje w pkt 1.2.2. ppkt c), musiałby, dla uniknięcia zarzutu złożenia oferty niespełniającej wymogi SIWZ, złożyć ofertę ze wskazaniem na oprawy uliczne o mocy najwyższej, a zatem najdroższej. Wykonawca, który posiada dostęp do dokumentacji, np. tej o której mowa w PFU (wykonanej w ciągu ostatnich kilku lat) będzie mógł, spełniając wymóg np. jak najwyższego spełnienia normy równomierności, zaoferować tańsze oprawy o mniejszej mocy, co spowoduje nieporównywalność ofert.

Zamawiający w ramach ww. przedmiotu zamówienia wymaga, by prowadzenie prac w pasie drogowym oparte było o przygotowany przez wykonawcę robót projekt organizacji ruchu oraz uzyskania jego zatwierdzenia, o ile taki projekt będzie konieczny, a zatem, o ile prace będą wykonywane w obrębie pasa drogowego. Skoro Zamawiającemu znane są trasy i lokalizacje zarówno starych (do demontażu), jak i nowych punktów świetlnych, to winien wskazać informacje, w których lokalizacjach roboty prowadzone są w ramach pasa drogowego, a zatem dla których lokalizacji konieczne jest wykonanie projektu organizacji ruchu. Oczywiście przy tym jest, że każda dodatkowo wykonywana przez wykonawcę praca projektowa wiąże się z wyższymi kosztami, a zatem brak tych informacji uniemożliwia prawidłową wycenę.

W punkcie 1.2.2. ppkt d) i e) PFU Zamawiający wskazał, że wykonawca przed złożeniem wniosku o wydanie pozwolenia na budowę będzie zobowiązany uzyskać akceptację Zamawiającego w zakresie przyjętych rozwiązań projektowych i zastosowanych materiałów oraz właściciela sieci energetycznej w zakresie zgodności z wydanymi warunkami technicznymi przyłączenia. Powyższe postanowienia PFU są wprost niezgodne z §19 rozporządzenia, z konkretnie z ust. 4 a i h, które stanowią, że informacjami i dokumentami niezbędnymi do zaprojektowania robót budowlanych, jakie muszą znaleźć się w PFU są: dokumenty dotyczące inwentaryzacji lub dokumentacja obiektów budowlanych, jeżeli podlegają one przebudowie, odbudowie, rozbudowie, nadbudowie, rozbiórkom lub remontom w zakresie architektury, konstrukcji, instalacji i urządzeń technologicznych, a także wskazania zamawiającego dotyczące zachowania urządzeń naziemnych i podziemnych oraz obiektów przewidzianych do rozbiórki i ewentualne uwarunkowania tych rozbiórek, a także porozumienia, zgody lub pozwolenia oraz warunki techniczne i realizacyjne związane z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych,

gazowych, energetycznych i teletechnicznych oraz dróg samochodowych, kolejowych lub wodnych.

Jednym z kryterium oceny ofert w ramach niniejszego postępowania jest „Redukcja zużycia energii elektrycznej - R”. W ramach tego kryterium należy w oparciu o dane producenta i aktualne zużycie energii punktów świetlnych podlegających wymianie obliczyć i podać o jaki procent obniży się pobór energii w wyniku realizacji inwestycji w stosunku do obecnego zużycia.

Powyższe kryterium oceny ofert odnosi się do lokalizacji, w których należy dokonać wymiany punktów świetlnych. Zamawiający, aby możliwe było wskazanie przez wykonawców wartości procentowej redukcji zużycia energii winien podać m.in. dane do wykonania projektu fotometrycznego pozwalającego poznać moc sumaryczną nowych opraw oświetleniowych. Bez posiadania tych szczegółów Wykonawca nie jest w stanie dobrać zamiennego systemu i oszacować zużycia energii elektrycznej przez nowy system. Opisując ww. kryterium oceny ofert Zamawiający wskazuje: *„Dla wyliczeń redukcji zużycia energii elektrycznej należy przyjąć roczny czas świecenia opraw w ilości 4024 godzin. Zamawiający dopuszcza stosowanie redukcji natężenia oświetlenia w godzinach zmniejszonego natężenia ruchu kołowego i pieszego. Zamawiający wymaga przedstawienia obliczeń potwierdzających proponowaną skalę redukcji. Zamawiający zastrzega sobie prawo do odrzucenia wyliczeń redukcji zużycia energii elektrycznej, a co za tym idzie, nieuwzględniania tego parametru przy ocenie punktowej oferty, w przypadku rażącego obniżania natężenia oświetlenia w obliczeniach, nie gwarantującego utrzymania właściwego poziomu bezpiecznego dla użytkowników ciągów jezdnych i pieszych. Zamawiający wymaga, aby minimalna ilość godzin świecenia opraw bez stosowania reedukacji natężenia oświetlenia obejmowała okres pomiędzy 18:00 a 22:00. Na drogach wojewódzkich wartość reedukacji natężenia oświetlenia w godzinach zmniejszonego natężenia ruchu nie może przekroczyć 50%. Na drogach powiatowych i gminnych Zamawiający nie uzna reedukacji natężenia oświetlenia poniżej 30% wartości nominalnej. Redukcja w takim zakresie wyłącznie w godzinach nocnych”.*

Zamawiający nie wskazał nie tylko rodzaju dróg, ich długości, ilości istniejącego na nich oświetlenia, ale także natężenia ruchu kołowego i pieszego. Ustawodawca w § 19 pkt 4 rozporządzenia wspomina o posiadanych przez zamawiającego (nie zaś wszystkich istniejących czy możliwych do pozyskania) informacjach i dokumentach niezbędnych do zaprojektowania robót budowlanych. Niemniej jednak, skoro Zamawiający w ramach kryterium „Redukcja zużycia energii elektrycznej” będzie badał czy wykonawca nie obniżył natężenia oświetlenia w sposób rażący, to oznacza, że wyniki przedstawione przez wykonawców będzie zestawiał z własnymi danymi, które będą odnosiły się zarówno do rodzaju dróg (wojewódzka, powiatowa, gminna), ale także do natężenia ruchu kołowego i pieszego na danych odcinkach. Tylko w taki sposób Zamawiający będzie w stanie określić czy nie doszło do rażącego

obniżenia natężenia oświetlenia, nie gwarantującego utrzymania właściwego poziomu bezpieczeństwa dla użytkowników. Z tych też względów uznać należy, że Zamawiający posiada wszystkie wyżej wskazane dane, niezbędne do prawidłowego przygotowania oferty, w tym do zaoferowania odpowiedniego systemu umożliwiającego zagwarantowanie możliwie jak największej redukcji zużycia energii elektrycznej przy jednoczesnym zachowaniu wymogów wynikających z norm i gwarantujących bezpieczeństwo uczestnikom ciągów pieszych i drogowych, a zatem niezbędnych do prawidłowego dokonania wyceny oferty.

Z tych też względów Odwołujący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do uzupełnienia programu funkcjonalno-użytkowego, zgodnie z żądaniem wskazanym w pkt. III. 1. i 2. petitum niniejszego odwołania.

2. Zarzut sprzeczności wewnętrznej dokumentacji przetargowej.

Dokumentacja przetargowa w niniejszym postępowaniu prócz istotnych braków, wskazanych powyżej jest także wewnętrznie niespójna.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, na następujące niespójności:

1. W programie funkcjonalno-użytkowym w części opisowej, w pkt. 1.1.1. Zamawiający wskazał, że „Obecne łączne zużycie energii elektrycznej przez 1064 oprawy to 457 966 kWh.” Zaś w SIWZ, w pkt. 3.4. wskazał, iż obecne zużycie energii rocznie wynosi 551 255 kWh. Jak wyżej wskazano jednym z kryteriów oceny ofert jest „Redukcja zużycia energii elektrycznej - R”. W ramach tego kryterium oceny ofert należy w oparciu o dane producenta i aktualne zużycie energii punktów świetlnych podlegający wymianie obliczyć i podać o jaki procent obniży się pobór energii w wyniku realizacji inwestycji w stosunku do obecnego zużycia. Wartość obecnego zużycia jest zatem elementem niezbędnym i wewnętrzna niespójność w zakresie tej wartości uniemożliwia prawidłowe przygotowanie oferty.
2. W PFU w pkt 1.1.2.2. Zamawiający wskazał, że w ramach niniejszego zamówienia wymaga budowy „łącznie 200 nowych punktów świetlnych na nowych liniach o łącznej długości około 14.600 mb (ilość szacowana)”. Tymczasem w załączniku nr 9 do SIWZ suma długości odcinka nowej linii oświetleniowej w Gminie Poniatowa została określona na 13.500 m. Różnica wynosi zatem blisko 1 km linii. Niespójność powyższa powoduje niemożliwość prawidłowego oszacowania ceny oferty, której jednym z elementów jest cena za 1 mb linii oświetleniowej.

Wewnętrzna niespójność dokumentacji przetargowej uniemożliwia złożenie przez wykonawców poprawnych ofert.

W tym miejscu podkreślić należy, że w orzecznictwie Izby wyrażono zasadę, w myśl której wadliwa dokumentacja, w tym zwłaszcza SIWZ nie mogą obciążać wykonawców. W wyroku KIO 473/14 z 28 marca 2014 roku Izba podkreśliła, że skutki nieprecyzyjnego opisu zawartego w specyfikacji, nie mogą obciążać wykonawcy. Zamawiający muszą pamiętać, iż przenoszenie ciężaru i skutków braku precyzji zamawiającego na wykonawców, które może się skończyć nawet odrzuceniem oferty, stanowi nadużycie prawa. Ponadto Izba w wyroku tym podkreśliła, że postępowanie o zamówienie musi zapewniać równość reguł zarówno wobec wykonawców, jak i zamawiającego. Izba wskazała także, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest postępowaniem w obrocie profesjonalnym, zatem wykonawcy muszą wykazać należytą staranność. Zamawiający ma tym samym prawo oczekiwać dokładnego zapoznania się z dokumentami postępowania, ale staranność ta nie ma prawa sięgać tak daleko, by stawiać wobec wykonawców wymóg wnioskowania o intencji zamawiającego, tylko dlatego, że sporządzona przez niego specyfikacja ma nieprecyzyjne brzmienie.

Wobec powyższego Odwołujący zgłasza żądanie ujednoczenie treści programu funkcjonalno-użytkowego i SIWZ, w sposób określony szczegółowo w pkt. III. 3 petitum niniejszego odwołania.

3. Zarzut naruszenia przepisów ustawy o terminach zapłaty.

Ustawa o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, zgodnie z art. 1 określa szczególne uprawnienia wierzyciela i obowiązki dłużnika w związku z terminami zapłaty w transakcjach handlowych, skutki niewykonania takich obowiązków oraz postępowanie w sprawie nadmiernego opóźniania się ze spełnianiem świadczeń pieniężnych.

Zastosowanie ustawy określono w art. 2, zgodnie z którym ustawę stosuje się do transakcji handlowych, których wyłącznymi stronami są:

- 1) przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (Dz.U. poz. 646, 1479, 1629, 1633 i 2212); 2018 r. - Prawo przedsiębiorców;
- 2) podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215);
- 3) osoby wykonujące wolny zawód;
- 4) oddziały i przedstawicielstwa przedsiębiorców zagranicznych;
- 5) przedsiębiorcy z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym lub Konfederacji Szwajcarskiej.

Ustawy nie stosuje się jak wskazano w art. 3 do:

- 1) długów objętych postępowaniami prowadzonymi na podstawie przepisów ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe (Dz.U. z 2017 r. poz. 2344 i 2491 oraz z 2018 r. poz. 398, 685, 1544 i 1629) oraz ustawy z dnia 15 maja 2015 r. - Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U. z 2017 r. poz. 1508 oraz z 2018 r. poz. 149, 398, 1544 i 1629);
- 2) umów, na podstawie których są wykonywane czynności bankowe w rozumieniu przepisów art. 5 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe (Dz.U. z 2018 r. poz. 2187 i 2243);
- 3) umów, których stronami są wyłącznie podmioty zaliczane do sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych.

Z powyższych przepisów jednoznacznie wynika, iż ustawa o terminach zapłaty w transakcjach handlowych ma zastosowanie w sprawie umów zawieranych w trybie udzielenia zamówienia publicznego.

Nowelizacją z dnia 19 lipca 2019 r. nadano nowe brzmienie art. 7 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Z przepisu art. 7 ust. 2 ww. ustawy jednoznacznie wynika, że *„Termin zapłaty określony w umowie nie może przekraczać 60 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi, chyba że strony w umowie wyraźnie ustalą inaczej i pod warunkiem, że ustalenie to nie jest rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela, z wyłączeniem art 2a.”*

W ust. 2a art. 7 ustawodawca wskazał, że *„Termin zapłaty określony w umowie nie może przekraczać 60 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi, jeżeli dłużnikiem zobowiązany do zapłaty za towary lub usługi jest duży przedsiębiorca, a wierzycielem jest mikroprzedsiębiorca, mały przedsiębiorca albo średni przedsiębiorca. W przypadku gdy strony ustalą harmonogram spełnienia świadczenia pieniężnego w częściach, termin ten stosuje się do zapłaty każdej części świadczenia pieniężnego.”*

Powyższe, nowe regulacje jednoznacznie wskazują, że jeśli wierzycielem (na gruncie zamówień publicznych - wykonawcom) jest mikroprzedsiębiorca, mały przedsiębiorca albo średni przedsiębiorca, wówczas strony umowy nie mogą wydłużyć terminu płatności ponad 60 dni i to nawet w ramach ogólnej zasady swobody umów, bowiem przepis art. 7 ustawy o terminach płatności w transakcjach handlowych jest przepisem bezwzględnie obowiązującym.

Jak wskazano powyżej, w przepisie art. 7 ust. 2 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, możliwa jest zmiana przez strony umowy terminu płatności ponad 60 dni, o ile nie jest to rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela. Okoliczności, które należy przede

wszystkim wziąć pod uwagę oceniając czy postanowienia umowne są rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela wskazano w art. 11a ww. ustawy. Zgodnie z nowym brzmieniem tego przepisu należy w szczególności wziąć pod uwagę:

- 1) rażące odstępstwa od dobrych praktyk handlowych, które naruszają zasadę działania w dobrej wierze i zasadę rzetelności;
- 2) właściwość towaru lub usługi, które są przedmiotem transakcji handlowej, w szczególności czas zwykle potrzebny na zbycie towaru przez dłużnika na rzecz osób trzecich, lub
- 3) dostosowanie harmonogramu dostawy towarów lub wykonania usługi w częściach do harmonogramu spełniania odpowiadających im części świadczenia pieniężnego.

Zgodnie z ust. 2 art. 11a to na dłużniku spoczywa ciężar dowodu, że termin zapłaty dłuższy niż 60 dni nie jest rażąco nieuczciwy wobec wierzyciela. W warunkach postępowania przetargowego dłużnikiem jest zamawiający, a więc to na nim ciąży obowiązek dowiedzenia, że termin płatności dłuższy niż 60 dni nie jest rażąco nieuczciwy wobec wykonawcy.

Istotna jest także nowa regulacja art. 13 ust. 2 ustawy o terminach płatności w transakcjach handlowych. Zgodnie z tym przepisem w sytuacji zastosowania terminu zapłaty z naruszeniem art. 7 ust. 2 i 2a, automatycznie stosuje się termin zapłaty 60 dni. Powyższa analiza przepisów wprowadzonych przez ustawę z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia zatorów płatniczych prowadzi do wniosku, że ustalenie terminu płatności tak znacznie przewyższającego 60 dni przewidziane przepisami powszechnie obowiązującymi stanowi jej naruszenie, a także nie jest uzasadnione, bowiem jest rażąco nieuczciwe względem wierzyciela. Oczywistym jest, że postanowienia, które zostały aktualnie przewidziane przez Zamawiającego w §3 wzoru umowy powodują, iż wykonawca będzie zmuszony wystawić jedną fakturę opiewającą na całość wynagrodzenia, odprowadzić stosowane podatki, a następnie otrzyma swoje wynagrodzenie dopiero po 12 latach w równych ratach, niepodlegających zwiększeniu o stosowne odsetki.

Z tych też względów wniosek zawarty w pkt. III. 4. petitum uznać należy za w pełni zasadny.

4. Zarzut naruszenia zasady ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego.

Zamawiający w pkt. 3.5. SIWZ oraz w §3 ust. 6 i nast. wskazał, iż płatność za wykonanie zamówienia nastąpi w 144 równych ratach miesięcznych od dnia odbioru prac. Jednocześnie

Zamawiający zastrzegł sobie prawo - w terminie 1 tygodnia od odbioru prac, przed wystawieniem faktury przez Wykonawcę - do skrócenia okresu spłaty z jednoczesnym zmniejszeniem wartości zamówienia na podstawie aneksu do umowy stanowiącej integralną część SIWZ. Wartość ewentualnego zmniejszenia kwoty zamówienia uzgodniona będzie za porozumieniem stron.

Powyższe postanowienia w sposób istotny naruszają zasadę ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązuje przepis prawa oraz równowagę stron, prowadząc do nadużycia własnego prawa podmiotowego.

Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie zobowiązań jest zasada swobody umów, wynikająca z przepisu art. 353¹ Kodeksu cywilnego. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, że zasada ta oznacza, że istnieje swoboda zawarcia lub nie zawarcia umowy, możliwość swobodnego wyboru kontrahenta, treść umowy może być co do zasady kształtowana w dowolny sposób, forma umowy zależy od woli stron. Swoboda stron doznaje jednak ograniczeń co do treści i celu zawieranej umowy. Ograniczenia te wiążą się z tym,

że treść lub cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością (naturą) stosunku prawnego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Nie jest zatem możliwe takie ukształtowanie stosunku umownego, które prowadziłoby do naruszenia przepisów ustawy, w tym zarówno postanowień Kodeksu cywilnego, jak też innych ustaw, w tym przepisów ustawy Pzp.

Zgodzić należy się z twierdzeniem, że na gruncie przepisów ustawy Pzp dochodzi do modyfikacji zasady równości i swobody stron stosunku zobowiązaniowego, choćby przy wyborze partnera, z którym zawierana będzie umowa. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem SIWZ, która w swej treści zawierać powinna istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym jej wzór. Niemniej jednak nie oznacza to, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje. Jak wskazano w wyroku KIO z 6 września 2009 r. (sygn. UZP/ZO/O- 2430/06) *„umowa o zamówienie publiczne powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawców.”* Jak podkreślono w wyroku z dnia 15 maja 2015 r., sygn. KIO 892/15: *„Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać Należy też zwrócić uwagę na zmianę stanu prawnego, jaka miała miejsce po nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016r.*

Zgodnie z przepisem art. 7 ust. 1 Zamawiający ma obowiązek przygotować postępowanie zgodnie z zasadą proporcjonalności.

Niezbędne dla interpretacji określenia „*proporcjonalny*” jest uwzględnienie dorobku

prawa wspólnotowego i orzeczeń TSUE, gdzie przymiotnik „*proporcjonalny*” używany jest w znaczeniu „*zachowujący właściwą proporcję, nienadmierny, adekwatny*” I tak proporcjonalny opis przedmiotu zamówienia to nakładający takie wymagania, które służą wypełnieniu uzasadnionych potrzeb zamawiającego. W wyroku z dnia 16 września 1999 r.

w sprawie C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, LEX nr 84270, TSUE wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem ustanawiającym Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 321E z 29.12.2006, s. 37), wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Test proporcjonalności jest kluczowy dla badania legalności działań podejmowanych przez zamawiającego w kontekście zachowania uczciwej konkurencji.

Nakaz przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób lub dopuszczenia wszystkich rozwiązań istniejących na rynku, w tym nie odpowiadających potrzebom zamawiającego. Zamawiający może przygotowując i prowadząc postępowanie stawiać określone wymagania - powinny one jednak być adekwatne do celów tego postępowania.

Jak wykazano powyżej postanowienia SIWZ i wzoru umowy nakłada nadmierne zobowiązania na wykonawcę w stosunku do celu. Wymaganie finansowania całości inwestycji przez wykonawcę przez okres aż 12 lat stanowi nieadekwatny do celów postępowania wymóg. Ponadto w sposób istotny narusza on konkurencję, bowiem w ramach tak ustalonego sposobu finansowania zamówienia preferowani są jedynie duzi wykonawcy, których płynność finansowa nie zostanie narażona poprzez obowiązek finansowania zamówienia przez tak długi okres. Zwrócić także należy uwagę na to, że nawet spółka Signify Poland sp. z o.o., która posiada ugruntowaną pozycję na rynku, i która jest jednym z jej liderów, nie zdołała uzyskać zgody od instytucji finansujących i przedstawić oferty na tak długi okres finansowania.

W konkluzji stwierdzić należy, że skoro Zamawiający wie i przewiduje możliwość skrócenia okresu finansowania, o czym wprost wskazuje w dokumentacji postępowania, to winien teraz wskazać okres minimalny z możliwością jego wydłużenia przy jednoczesnym dokonaniu zmiany treści umowy w oparciu o przepis art. 144 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Powyższe pozwala na realną wycenę ryzyka zawarcia umowy, a zatem na prawidłowe dokonanie oszacowania wartości oferty.

Dowód: oświadczenia instytucji finansujących - przekazane na rozprawie;

Z tych też względów Odwołujący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do modyfikacji treści postanowień SIWZ, zgodnie z żądaniem wskazanym w pkt. III. 4. petitum niniejszego

odwołania.

Podsumowując wskazać należy, że skoro ustawa prawo zamówień publicznych wymaga:

- po pierwsze określenia wszelkich okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust 1 ustawy Pzp), to nie jest działaniem z nią zgodnym pozostawienie wielu kwestii, jakie winien określić zamawiający po stronie wykonawcy, które to kwestie nie są znane na etapie ofertowania, a które wpływają na sposób, termin oraz należytość wykonania zamówienia przez wykonawcę;
- po drugie zachowania proporcjonalności (art. 7 ust 1 ustawy Pzp), to nie jest działaniem z nią zgodnym nałożenie na wykonawcę nadmiernych ryzyk i obowiązków, które nie są obiektywnie niezbędne dla osiągnięcia celu, jakim jest wykonanie robót budowlanych.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł jak w petitum.

W dniu 5 listopada 2019 roku, na posiedzeniu Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o nieuwzględnienie zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz o obciążenie Odwołującego kosztami postępowania tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego.

W dniu 5 listopada 2019 roku, na posiedzeniu Odwołujący wycofał zarzut w zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 31 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niespójny, co stanowi praktykę, która może utrudnić uczciwą konkurencję, jak również, która może narazić wykonawcę na odrzucenie jego oferty w sytuacji, w której dokona wyboru jednego z dwóch różnych wariantów dostarczanego produktu, a który to wariant zostanie przez Zamawiającego uznany za niewłaściwy oraz żądanie zobowiązania Zamawiającego do ujednoczenia treści programu funkcjonalno-użytkowego i SIWZ, poprzez wskazanie właściwego poziomu dotychczasowego zużycia energii elektrycznej oraz długości nowej linii oświetleniowej, w związku z modyfikacją treści SIWZ przez Zamawiającego w zakresie objętym zarzutem.

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

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 października 2019 roku wobec zapisów specyfikacji istotnych

warunków zamówienia zamieszczonej na stronie internetowej w dniu 16 października 2019 roku.

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

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. W przypadku odwołań dotyczących postanowień ogłoszenia o zamówieniu czy też treści SIWZ, które mają miejsce jeszcze przed upływem terminu składania ofert, przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą w tym wypadku może być brak możliwości złożenia oferty.

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 co następuje:

Zamawiający w treści SIWZ Rozdział 3 zawarł opis przedmiotu zamówienia, zgodnie z którym:

- 3.1. Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące Modernizację oświetlenia ulicznego oraz dobudowa nowych punktów i linii oświetleniowych w Gminie Poniatowa wraz z zapewnieniem finansowania
- 3.2. Zakres prac obejmuje:
 - 3.2.1 Wymiana istniejących opraw oświetlenia ulicznego starego typu na oprawy LED w ilości 1064 szt. na terenie Gminy Poniatowa, w tym oprawy ozdobne, zgodnie z załącznikiem nr 10 do SIWZ pn. „Wytyczne dla opraw oświetleniowych LED”. Wymiana styczników i bezpieczników. Dla opraw na liniach napowietrznych. Obecne łączne zużycie energii elektrycznej przez 1064 oprawy to 457 966 kWh. Wykonawca jest zobowiązany dostosować istniejący wysięgnik do zakładanej, nowej oprawy LED. Zamawiający zakłada, że wymianie podlegać będzie ilość co najmniej 300 wysięgników i należy to wkalkulować w cenę zadania. Długości nowych wysięgników powinny wynikać z poprawnych obliczeń oświetleniowych w celu zapewnienia spełnienia normy

oświetleniowej. Wykonawca odpowiada za demontaż obecnie zamontowanych opraw sodowych oraz ich utylizację a także montaż nowych opraw oświetlenia ulicznego LED. Zamawiający wymaga przed przystąpieniem do prac opracowania przez Wykonawcę projektu modernizacji oświetlenia uwzględniającego klasy dróg i kategorie oświetlenia, zapewniającego osiągnięcie wymaganych normami parametrów (spełnienie wymagań określonych w normie oświetlenia drogowego PN-EN 13201 lub równoważnego systemu odniesienia) wraz z uzgodnieniami i obliczeniami fotometrycznymi.

3.2.2 Dobudowa oświetlenia na terenie Gminy Poniatowa (słupy ocynkowane, wysięgniki, linia kablowa, oprawa LED), w tym:

3.2.2.1. dowieszenie co najmniej 186 nowych punktów świetlnych na istniejących słupach i liniach PGE, w tym 25 sztuk na słupach bez linii zasilającej, zgodnie z PFU oraz załącznikiem nr 10 „Wytyczne dla opraw oświetleniowych LED”. Zamawiający posiada uzgodnienia z PGE Dystrybucja SA w zakresie dobudowy nowych punktów wg istniejących projektów, uzyskanie wszelkich pozostałych niezbędnych zgód, dopuszczeń i uzgodnień leży po stronie Wykonawcy, jak również uzyskanie późniejszych odbiorów i zatwierdzeń.

3.2.2.2. budowa łącznie 200 nowych punktów świetlnych na nowych liniach o łącznej długości około 13.500 mb (ilość szacunkowa), zgodnie z PFU i załącznikami do PFU (załącznik nr 9 - lokalizacja nowych punktów świetlnych na nowych liniach oraz załącznik nr 10 - Wytyczne dla opraw oświetleniowych LED), w systemie „Zaprojektuj i Wybuduj”; Zamawiający nie posiada uzgodnień z PGE Dystrybucja SA w zakresie dobudowy nowych punktów, uzyskanie wszelkich niezbędnych zgód i uzgodnień leży po stronie Wykonawcy, jak również uzyskanie późniejszych odbiorów i zatwierdzeń.

Obecnie na projektowanych odcinkach Gmina nie posiada urządzeń oświetlenia drogowego. Celem inwestycji jest zapewnienie oświetlenia w miejscach dotychczas nieoświetlanych, przy zachowaniu właściwych parametrów oświetleniowych, zgodnie z wymaganymi normami dla klas dróg.

3.2.2.3. Wyniesienie punktów zapalania ze stacji transformatorowych, wraz z zaprojektowaniem i uzyskaniem niezbędnych zezwoleń w ilości co najmniej 15 szt.

Dla zadań opisanych w pp. 3.2.2.1, 3.2.2.2 i 3.2.2.3 Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przed przystąpieniem do prac budowlanych przeprowadził inwentaryzację istniejących szafek zasilających, zarówno wydzielonych, jak i zlokalizowanych w stacjach trafo, oraz docelowo zaproponował zmniejszenie liczby istniejących szafek SOU poprzez połączenie niektórych obwodów zasilania i redukcję ilości liczników. Ostateczną propozycję wyniesienia szafek SOU

oraz redukcji obwodów zasilania zatwierdzi Zamawiający, i taki zatwierdzony projekt będzie podstawą do wyliczenia ewentualnej dodatkowej wartości zamówienia. Po wykonaniu montażu Zamawiający oczekuje od Wykonawcy sporządzenia inwentaryzacji powykonawczej, określającej ilości szafek SOU oraz poziomy zainstalowanej mocy opraw na każdym indywidualnym obwodzie z szafką SOU celem wystąpienia do OSD z wnioskiem o redukcję mocy zainstalowanej.

(...)

3.5 Rozliczenie pomiędzy Stronami za wykonanie przedmiotu zamówienia nastąpi po zrealizowaniu zadania - na podstawie faktury wystawionej przez Wykonawcę, zgodnie z zatwierdzonym protokołem końcowym odbioru oraz harmonogramem płatności, zatwierdzonych przez upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy i Zamawiającego. Sposób finansowania zamówienia - cykliczne płatności w okresie 144 miesięcy od dnia odbioru prac.

Płatność za wykonanie zamówienia nastąpi w 144 równych ratach miesięcznych. W przypadku gdy Wykonawca zlecił wykonanie części robót lub usług podwykonawcom to zapłata wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowana będzie od przedstawienia przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom.

Zamawiający zastrzega sobie prawo - w terminie 1 tygodnia od odbioru prac, przed wystawieniem faktury przez Wykonawcę - do skrócenia okresu spłaty z jednoczesnym zmniejszeniem wartości zamówienia na podstawie aneksu do umowy stanowiącej integralną część SIWZ (załącznik nr 10). Wartość ewentualnego zmniejszenia kwoty zamówienia zostanie uzgodniona za porozumieniem stron.

Szczegółowy zakres prac składających się na przedmiot niniejszego zamówienia zawarto w:

Program Funkcjonalno-Użytkowy stanowiący Załącznik nr 1 do SIWZ;

Lokalizacja nowych punktów świetlnych w systemie „Zaprojektuj i Wybuduj” Załącznik nr 9 do SIWZ.

Wytyczne dla opraw oświetleniowych - Załącznik nr 10 do SIWZ;

3.6. Przedmiot zamówienia będzie wykonywany zgodnie z zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, zgodnie z obowiązującymi przepisami, normami oraz na warunkach ustalonych z Wykonawcą na podstawie umowy.

3.7. W trakcie przygotowywania oferty Wykonawca winien dokonać wizji lokalnej na terenie prowadzenia przyszłych prac.

W Rozdziale 12, pkt 3 „Opis Kryteriów, Którymi Zamawiający Będzie Kierował Się Przy Wyborze Oferty Wraz Z Podaniem Znaczenia Tych Kryteriów i Sposobu Oceny Ofert” Zamawiający opisał zasady oceny ofert, m in. w kryterium „Redukcja zużycia elektrycznej (R)”. Zamawiający wskazał, że oferta z największą procentową redukcją zużycia energii elektrycznej w stosunku do stanu istniejącego otrzyma - 10 pkt, należy w oparciu o dane producenta i aktualne zużycie energii punktów świetlnych podlegających wymianie obliczyć i podać o jaki procent obniży się pobór energii w wyniku realizacji inwestycji w stosunku do obecnego zużycia, obliczenia należy oprzeć o następujące dane - 457 966 kWh zużycie obecne energii rocznie,

pozostałe oceniane będą wg wzoru:

$$R = \frac{\text{wartość procentowa redukcji zużycia energii elektrycznej badanej oferty}}{\text{najwyższa ofertowa wartość procentowa redukcji zużycia energii elektrycznej}} \times 10 \text{ pkt}$$

Dla wyliczeń redukcji zużycia energii elektrycznej należy przyjąć roczny czas świecenia opraw w ilości 4024 godziny. Zamawiający dopuszcza stosowanie redukcji natężenia oświetlenia w godzinach zmniejszonego natężenia ruchu kołowego i pieszego. Zamawiający wymaga przedstawienia obliczeń potwierdzających proponowaną skalę redukcji. Zamawiający zastrzega sobie prawo do odrzucenia wyliczeń redukcji zużycia energii elektrycznej, a co za tym idzie, nieuwzględniania tego parametru przy ocenie punktowej oferty, w przypadku rażącego obniżania natężenia oświetlenia w obliczeniach, nie gwarantującego utrzymania właściwego poziomu bezpiecznego dla użytkowników ciągów jezdnych i pieszych. Zamawiający wymaga, aby minimalna ilość godzin świecenia opraw bez stosowania redukcji natężenia oświetlenia obejmowała okres pomiędzy 18.00 a 22.00. Na drogach wojewódzkich wartość redukcji natężenia oświetlenia w godzinach zmniejszonego natężenia ruchu nie może przekroczyć 50%. Na drogach powiatowych i gminnych Zamawiający nie uzna redukcji natężenia oświetlenia poniżej 30% wartości nominalnej. Redukcja w takim zakresie wyłącznie w godzinach nocnych.

W treści PFU w dziele 2.2 – „Oświadczenia Zamawiającego” znajduje się oświadczenie o treści:

Zamawiający oświadcza, że posiada tytuł prawny do pasów drogowych znajdujących się przy drogach gminnych, powiatowych i wojewódzkich, jako do terenu, na którym Wykonawca będzie mógł zaprojektować i wybudować przyszłe linie oświetleniowe. Ewentualne zmiany lokalizacji nowych linii i punktów oświetleniowych poza pasami drogowymi w/w dróg będą wymagały dodatkowych uzgodnień ze strony Wykonawcy z właścicielami terenu lub ich zarządcami.

Izba zważyła co następuje

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

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 31 ust. 1-4 w zw. z §19 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2013 r., poz. 1129 z późn. zm.) (dalej: „rozporządzenie”), poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane w sposób sprzeczny z wymogami ustawy, w tym zwłaszcza w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a mianowicie poprzez obciążenie wykonawcy obowiązkiem wykonania czynności, które nie stanowią części robót budowlanych, a które to obowiązki leżą po stronie Zamawiającego, jak i poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego, który nie spełnia podstawowych wymagań określonych przepisami prawa, a mianowicie nie zawiera oświadczenia Zamawiającego stwierdzającego jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, informacji dotyczących pomiarów ruchu drogowego, porozumienia, zgód lub pozwoleń oraz warunków technicznych i realizacyjnych związanych z przyłączeniem obiektu do istniejącej sieci energetycznej oraz dodatkowych wytycznych i uwarunkowań związanych z budową, wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu odwołania, a tym samym zaniechanie sporządzenia programu funkcjonalno-użytkowego w sposób umożliwiający ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych oraz przygotowanie oferty szczególnie w zakresie obliczenia jej ceny, wskazać należy że zarzut nie został potwierdzony.

Zamawiający dokonał podziału przedmiotu zamówienia na dwa zakresy, z których każdy podlega odrębnej regulacji i odrębnym zasadom. Pierwszy z nich to wymiana obecnych opraw sodowych na energooszczędne oprawy LED w ilości 1.064 szt, drugi to dobudowa oświetlenia w Gminie Poniatowa - (słupy ocynkowane + wysięgniki + linia kablowa + oprawa LED). Opis przedmiotu zamówienia został zawarty w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), w Programie Funkcjonalno – Użytkowym (dalej PFU) oraz w załączniku nr 9 „Lokalizacja nowych punktów świetlnych na nowych liniach” oraz załącznik nr 10 „Wytyczne dla opraw oświetleniowych LED” stanowiące integralną część PFU.

W PFU na str. 16-17 w dziale 2.2 Zamawiający zawarł oświadczenie o dysponowaniu gruntem dla celów budowlanych w brzmieniu:

Zamawiający oświadcza, że posiada tytuł prawny do pasów drogowych znajdujących się przy drogach gminnych, powiatowych i wojewódzkich, jako do terenu, na którym Wykonawca będzie mógł zaprojektować i wybudować przyszłe linie oświetleniowe. Ewentualne zmiany lokalizacji nowych linii i punktów oświetleniowych poza pasami drogowymi w/w dróg będą wymagały dodatkowych uzgodnień ze strony Wykonawcy z właścicielami terenu lub ich zarządcami.

Powyższe wskazuje na niezasadność zarzutu zawartego w odwołaniu, zgodnie z którym Zamawiający nie zawarł w PFU oświadczenia stwierdzającego jego prawo do dysponowania nieruchomościami na cele budowlane wymagane zapisem § 19 pkt 2 rozporządzenia.

Odwołujący powołuje się na zapisy § 19 rozporządzenia wskazując dodatkowo na brak wymaganych przez ww. rozporządzenie informacji w PFU, m.in. wykazów działek na których będą prowadzone roboty, rysunków i schematów planowanych do budowy nowych linii oświetleniowych wykonanych na kopii mapy zasadniczej, informacji dotyczących pomiaru ruchu drogowego - kołowego i pieszego, w lokalizacjach, w których zaplanowano wymianę lub montaż nowych punktów świetlnych i linii oświetleniowych w celu określenia dopuszczalnego poziomu i czasu redukcji mocy, porozumienia, zgody lub pozwolenia, a w szczególności warunków technicznych PGE Dystrybucja, właściwy Oddział, związanych z przyłączeniem obiektów do istniejących sieci energetycznych, inwentaryzacji istniejącego oświetlenia drogowego w szczególności geometrii wszystkich dróg (sytuacji oświetleniowych), na których przewiduje się wymianę opraw w zakresie co najmniej: szerokość drogi, odstęp słupa od drogi odstęp pomiędzy słupami, długość wysięgników, kategorii przyporządkowanych poszczególnym drogom przydzielonych zgodnie z przywołaną normą oświetleniową PN-EN 13201, współczynnika zapasu (utrzymania), komputerowych obliczeń fotometrycznych wykonanych w poszczególnych sytuacjach oświetleniowych potwierdzających, że Zamawiający z należytą starannością opisał przedmiot zamówienia i dla ilości i mocy (wartości strumienia światła) opraw przyjętych oraz innych dokumentów posiadanych przez Zamawiającego, o których mowa w SIWZ, które wymagane są do sporządzenia oferty, w tym zwłaszcza dokumentacji dotyczącej dobudowy nowych punktów świetlnych, o której mowa w pkt. 1.1.4 PFU i innych wskazanych w pkt. 1.2.1. PFU.

Zgodnie z treścią § 19 pkt 4 ww. rozporządzenia wynika, że część informacyjna PFU obejmuje inne posiadane informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych, w szczególności:

- a) kopię mapy zasadniczej,
- b) wyniki badań gruntowo-wodnych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektów,

- c) zalecenia konserwatorskie konserwatora zabytków,
- d) inwentaryzację zieleni,
- e) dane dotyczące zanieczyszczeń atmosfery do analizy ochrony powietrza oraz posiadane raporty, opinie lub ekspertyzy z zakresu ochrony środowiska,
- f) pomiary ruchu drogowego, hałasu i innych uciążliwości,
- g) inwentaryzację lub dokumentację obiektów budowlanych, jeżeli podlegają one przebudowie, odbudowie, rozbudowie, nadbudowie, rozbiórkom lub remontom w zakresie architektury, konstrukcji, instalacji i urządzeń technologicznych, a także wskazania zamawiającego dotyczące zachowania urządzeń naziemnych i podziemnych oraz obiektów przewidzianych do rozbiórki i ewentualne uwarunkowania tych rozbiórek,
- h) porozumienia, zgody lub pozwolenia oraz warunki techniczne i realizacyjne związane z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych, energetycznych i teletechnicznych oraz dróg samochodowych, kolejowych lub wodnych,
- i) dodatkowe wytyczne inwestorskie i uwarunkowania związane z budową i jej przeprowadzeniem.

Wskazać należy, że wymóg wskazany w § 19 pkt 4 ww. rozporządzenia dotyczący dokumentów i informacji, które mają znaleźć się w PFU odnosi się do posiadanych przez Zamawiającego dokumentów informacji, niezbędnych do zaprojektowania robót budowlanych.

Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 9 lutego 2019 r. KIO 128/19 przywołane przez Zamawiającego, zgodnie z którym: *„Ponadto zauważyć należy, iż obowiązek wskazania w PFU informacji i dokumentów wymienionych w § 19 pkt 4 Rozporządzenia warunkowany jest po pierwsze posiadaniem tych informacji przez Zamawiającego, a po drugie niezbędnością tych dokumentów do zaprojektowania robót budowlanych. Zatem nawet jeśli Zamawiający nie przewidział przekazania wykonawcom wszystkich dokumentów, wymienionych w treści § 19 ust. 4 Rozporządzenia, tj. np. kopii mapy zasadniczej, wyników badań wodno-gruntowych czy dokumentów związanych z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci energetycznych, to nie przesądza to jeszcze o tym, że Zamawiający naruszył przepisy tego Rozporządzenia. Rolą Odwołującego było wykazać, że informacje i dokumenty, o które uzupełnienia PFU żąda, były w posiadaniu Zamawiającego, jak również były niezbędne do wykonania robót budowlanych”*.

Izba wskazuje, że w postępowaniu odwoławczym to na Odwołującym spoczywa ciężar dowodu w zakresie wykazania, że dokumenty, których uzupełnienia się domaga są w posiadaniu Zamawiającego oraz że są niezbędne dla zaprojektowania robót budowlanych.

Złożony przez Odwołującego dowód w postaci kopii pierwszej i ostatniej strony umowy z dnia 30.03.2018 r. dotyczącej opracowania dokumentacji technicznej wykonania kompleksowego remontu systemu ulicznego na terenie miasta i gminy Poniatowa pod kątem obniżenia energochłonności zainstalowanych urządzeń oświetleniowych i zmniejszenia zużycia energii elektrycznej, nie stanowi zdaniem Izby dowodu potwierdzającego, iż Zamawiający jest w posiadaniu inwentaryzacji oświetlenia, w zakresie mogącym stanowić element opisu przedmiotu zamówienia. Kopia umowy wskazuje jedynie na przyjęcie do realizacji przedmiotowego zamówienia przez wykonawcę, nie wynika z niej czy umowa została zrealizowana, a jeśli tak, to czy w całości czy jedynie w zakresie. Z wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego podczas rozprawy wynika, że zakres wykonanej inwentaryzacji nie był adekwatny do przedmiotu zamówienia, dlatego dokumentacja ta nie została załączona do PFU.

Za chybioną należy uznać również argumentację Odwołującego, dotyczącą kryterium „Redukcja zużycia energii elektrycznej” zgodnie z którą, Zamawiający jest w posiadaniu dokumentacji z którą to będzie porównywał oferowany procent obniżenia poboru energii. W treści SIWZ Rozdział 12 pkt 3 Zamawiający precyzyjnie opisał zasady przyznawania punktów w ramach tego kryterium, opierające się na konkretnych wyliczeniach a nie na porównaniu z posiadanymi danymi.

Za niepotwierdzony należy również uznać zarzut, że Zamawiający obciąża wykonawców obowiązkiem wykonania czynności, które nie stanowią części robót budowlanych, a które to obowiązki leżą po stronie Zamawiającego. Odwołujący ponad powyższy zarzut nie wskazał jakimi to czynnościami, do wykonania których zobowiązany jest Zamawiający obciążeni zostaną wykonawcy. Odwołanie w tym zakresie nie zawiera żadnej argumentacji prawnej ani faktycznej.

W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego są niezasadne i nie zostały potwierdzone. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu braki w PFU, stawiając żądania uzupełnienia PFU o dokumenty, których dołączenia nie wymaga ww. rozporządzenie z wyjątkiem oświadczenia o prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane (znajdującego się w PFU), informacji dotyczących pomiaru ruchu drogowego, inwentaryzacji istniejącego oświetlenia oraz porozumień, zgód i pozwoleń związanych z przyłączeniem obiektów do istniejących sieci energetycznych.

Odwołujący nie udźwignął także ciężaru dowodowego, zgodnie z którym winien wykazać że Zamawiający jest w posiadaniu dokumentów, o których uzupełnienie wnosi Odwołujący oraz ich niezbędności do zaprojektowania robót stanowiących przedmiot zamówienia. Poza próbą wykazania, że Zamawiający jest w posiadaniu inwentaryzacji istniejącego oświetlenia ulicznego nie podjął żadnych działań zmierzających do udowodnienia stawianych zarzutów.

Wobec powyższego zarzut nie został potwierdzony.

Izba nie uwzględniła również zarzutu naruszenia art. 5, 6, 7, 11, 11a i 13 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, poprzez ustalenie terminu zapłaty dłuższego niż 30 dni bez przewidzenia możliwości dochodzenia odsetek ustawowych po upływie 30 dni, liczonych od dnia spełnienia swojego świadczenia i doręczenia dłużnikowi faktury, potwierdzającej wykonanie usługi, do dnia zapłaty, a także poprzez ustalenie w umowie harmonogramu spełnienia świadczenia pieniężnego w 144 częściach, pomimo tego, że ustalenie takie jest rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela oraz zarzutu naruszenia art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ k.c., poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego, co przejawia się w określeniu sposobu rozliczenia pomiędzy stronami w cyklicznych płatnościach w okresie 144 miesięcy (12 lat) od dnia odbioru prac.

Odwołujący sformułował powyższe zarzuty, wskazując i wyjaśniając naruszenie konkretnych przepisów prawa. Jednakże żądania dotyczące zmiany postanowień SIWZ i wzoru umowy zostały sformułowane w sposób bardzo ogólny, lakoniczny, poprzez żądanie zmiany *postanowień SIWZ i wzoru umowy w ten sposób, że sposób finansowania zamówienia zostanie określony zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami ustawy o terminach zapłaty.*

Odnosząc się do powyższego, w ocenie Izby omówienia wymaga kwestia natury ogólnej, dotycząca prawidłowości formułowania zarzutów i żądań dotyczących brzmienia postanowień SIWZ, a która miała istotny wpływ na ocenę powyższych zarzutów .

Izba wskazuje, powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (por. wyrok z dnia 17 marca 2017 r. KIO 409/17, wyrok z dnia 28 stycznia 2019 r. KIO 26/19), że w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana musi być z uwzględnieniem formułowanych w odwołaniu żądań co do ich nowej treści, bowiem ramy postępowania odwoławczego określa nie tylko wskazanie konkretnych uchybień, ale też oczekiwania Odwołującego. Izba nie może domniemywać treści wprost nie wskazanych w zarzutach i żądaniach Odwołującego. Takie postępowanie stanowiłoby naruszenie zasady równości stron w postępowaniu odwoławczym, gdyż to Izba, a nie Odwołujący kreowałaby treści zmian w SIWZ. To rolą Odwołującego jest, aby formułując swoje żądania wskazał, jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontrydiktoryjnym, a zatem to strony postępowania wyznaczają zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym, które znajdują wyraz w stawianych zarzutach oraz w odpowiadających im żądaniach. Jest to szczególnie istotne w postępowaniu odwoławczym, którego przedmiotem są postanowienia SIWZ lub ogłoszenia, to żądania

bowiem wyznaczają zakres dokonywanej ewentualnie modyfikacji postanowień SIWZ lub ogłoszenia. Z powyższego wynika, iż po pierwsze żądania wprowadzenia zmian w postanowieniach SIWZ powinny zostać w odwołaniu w sposób jasny i precyzyjny wyartykułowane, a po drugie żądania te powinny być właściwie skorelowane z podnoszonymi zarzutami i znajdować oparcie w przedstawianym uzasadnieniu faktycznym zarzutów. W pewnych przypadkach Izba, uwzględniając zarzuty odwołania, których zakresem jest związana (zob. art. 192 ust. 7 Pzp), nie będąc jednocześnie związana żądaniami odwołania, może orzec inaczej niż wnosił odwołujący lub nakazać zamawiającemu wykonanie/powtórzenie czynności nieobjętej w ogóle żądaniem odwołania. Sytuacje takie występują jednakże na etapie oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty, przy czym kształt zapadających rozstrzygnięć przeważnie wprost wynika z przepisów obowiązującego prawa (które nakazują np. wezwanie do uzupełnienia, poprawienie, czy odrzucenie oferty, bądź wykluczenie wykonawcy, etc.). Odmienne zdaniem Izby, jest w przypadku treści postanowień SIWZ, których modyfikacja czy dalsza zmiana winna doznawać ograniczeń wyłącznie do żądania wskazanego w odwołaniu. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do sytuacji, w której odwołanie byłoby tylko sygnalizowaniem zarzutów i żądań, które następnie byłyby dopracowywane, czy konkretyzowane na rozprawie. Sformułowane w odwołaniu żądania muszą być na tyle precyzyjne, aby przy uwzględnieniu odwołania możliwe było nakazanie Zamawiającemu dokonania konkretnej, a nie blankietowej zmiany zakwestionowanych postanowień SIWZ. Wyrok Izby nie powinien pozostawiać wątpliwości co do zakresu koniecznych w jej ocenie zmian, a nadto nie powinien rodzić wątpliwości interpretacyjnych skutkujących dowolnością w sposobie jego wykonania.

Potencjalnym skutkiem nakazywania Zamawiającemu dokonywania nieskonkretyzowanych zmian postanowień SIWZ może być problem z ustaleniem, czy wyrok Izby nakładający taki obowiązek został wykonany przez Zamawiającego, a nadto – w razie wniesienia kolejnego odwołania obejmującego zmienione postanowienia SIWZ – czy dotyczący ich środek ochrony prawnej nadaje się – w świetle przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp – do merytorycznego rozpoznania.

Podsumowując, skład orzekający jest zdania, że w przypadku kwestionowania postanowień SIWZ podstawa faktyczna zarzutu musi obejmować skonkretyzowaną treść (przykładowo – określony wymóg techniczny), w ślad za czym musi zostać sformułowane konkretne żądanie jej zmiany, przez co należy rozumieć podanie przez odwołującego oczekiwanej, konkretnej i jednoznacznej treści zaskarżonego odwołaniem postanowienia SIWZ.

W ocenie Izby, wskazane w odwołaniu żądanie zmiany zapisów specyfikacji w zakresie finansowania zamówienia w sposób zgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami,

nie stanowi jednoznacznego sformułowania żądanej zmiany treści SIWZ. Przy tak ogólnym i lakonicznym sformułowaniu żądanej zmiany treści SIWZ, Izba nie mogła nakazać jej zmiany.

W związku z powyższym, zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

W świetle powyższego, Izba nie odniosła się złożonych na rozprawie przez Odwołującego i Zamawiającego dowodów związanych z powyższymi zarzutami.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem robót. W ocenie Izby zasady dotyczące możliwości złożenia oferty określone przez Zamawiającego zostały ustalone w sposób jednakowy dla wszystkich potencjalnych wykonawców i z zachowaniem uczciwej konkurencji.

Wobec cofnięcia przez Odwołującego zarzutu wskazanego w pkt 2 petitum odwołania Izba nie odniosła się do jego treści.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: