

Sygn. akt: KIO 372/18

POSTANOWIENIE
z dnia 8 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 8 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2018 r. przez wykonawcę **Philips Lighting Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Pile** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Elk**,

przy udziale wykonawcy **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 372/18 po stronie Odwołującego,

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Philips Lighting Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Pile** kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej 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 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Suwalkach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Ełk [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *modernizację oświetlenia drogowego w Gminie Ełk wraz z zapewnieniem finansowania* (znak postępowania: IZP.271.3.12.2018).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 lutego 2018 r. pod numerem 520170-N-2018.

W dniu 26 lutego 2018 r. wykonawca Philips Lighting Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Pile [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. opisanie przedmiotu zamówienia w Załączniku nr 8 do SIWZ „Program Funkcjonalno Użytkowy Modernizacja Systemu Oświetlenia Drogowego Gminy EŁK”, zwanym dalej „Załącznikiem nr 8 do SIWZ”, w sposób niezgodny z żądaniem Odwołującego zawartym w uwzględnionym w całości przez Zamawiającego, na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy PZP, odwołaniu Odwołującego z dnia 2 stycznia 2018 r. od treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia na *Modernizację oświetlenia drogowego oraz dobudowę nowych punktów i linii oświetleniowych w Gminie Ełk wraz z zapewnieniem finansowania*”, sygn. akt KIO 19/18, zakończone postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2018 r. w przedmiocie umorzenia postępowania.

Powyższego naruszenia Zamawiający dopuścił się poprzez określenie w Załączniku nr 8 do SIWZ:

1.1. w części „Wymagania dla opraw oświetleniowych” - poprzez dodanie wymagania o treści: „1. Budowa oprawy - dwukomorowa (otwarcie komory osprzętu nie powoduje rozszczelnienia komory optycznej).”

- podczas gdy wymaganie powyższe jest niezgodne z treścią uwzględnionego w całości odwołania Odwołującego z dnia 2 stycznia 2018 r.;

1.2. w części „Wymagania dla opraw oświetleniowych” poprzez nadanie pkt 7 brzmienia: „7. Montaż na wysięgniku o średnicy 48-60mm, zakres regulacji kąta oprawy min. 15° lub za pomocą dodatkowego łącznika zmieniającego kąt pochylenia oprawy”;

- podczas, gdy zgodnie z treścią uwzględnionego w całości odwołania Odwołującego z dnia 2 stycznia 2018 r., Zamawiający zobowiązał się do nadania temu wymaganiu następującego brzmienia (pkt 1 wniosków odwołania - ówczesny pkt 14 Załącznika nr 7 do SIWZ w części

„Wytyczne dla opraw oświetleniowych”):

„Regulacja kąta oprawy nie mniej niż zakres -45° $+10^{\circ}$ przy montażu na wysięgniku (dopuszcza się stosowanie dodatkowych elementów w przypadku korekty poniżej -20° oraz w zakresie zakres 0° $+20^{\circ}$ przy montażu bezpośrednio na słupie”;

1. 3. w części „Wymagania dla opraw oświetleniowych” poprzez dodanie wymagania o treści: „9. Przy zastosowaniu różnych rozmiarów opraw - wymagane są oprawy o spójnej stylistyce z jednej serii wzorniczej opraw”

- podczas gdy wymaganie powyższe jest niezgodne z treścią uwzględnionego w całości odwołania Odwołującego z dnia 2 stycznia 2018 r.;

1.4. w części „Wymagania dla opraw oświetleniowych” poprzez nadanie pkt 11 treści: „11.Oprawa z gniazdem NEMA 5/7 pin wg ANSI C136.41”

- podczas gdy zgodnie z treścią uwzględnionego w całości odwołania Odwołującego z dnia 2 stycznia 2018 r., Zamawiający zobowiązał się do nadania temu wymaganiu brzmienia (pkt 1 żądań odwołania - ówczesny pkt 15 treści Załącznika nr 7 do SIWZ w części „Wytyczne dla opraw oświetleniowych”):

„Oprawa przygotowana do montażu gniazda NEMA 5/7 pin ANSI lub równoważnego odpowiadającego zastosowanemu systemowi sterowania”;

1.5. w części „Minimalne parametry Systemu” poprzez nadanie pkt 3 brzmienia: „3. SYSTEM jest oparty na komunikacji radiowej o częstotliwości 868 MHz (...)”

- podczas gdy zgodnie z treścią uwzględnionego w całości odwołania Odwołującego z dnia 2 stycznia 2018 r., Zamawiający zobowiązał się do nadania temu wymaganiu brzmienia (pkt 7 żądań odwołania):

„ 3. System jest oparty na komunikacji radiowej”

1.6. w części „Minimalne parametry Systemu” poprzez nadanie pkt 11 brzmienia:

„11. Sterowniki SYSTEMU muszą mieć zabudowane zabezpieczenie przeciwprzepięciowe powyżej 10kV”;

- podczas gdy zgodnie z treścią uwzględnionego w całości odwołania Odwołującego z dnia 2 stycznia 2018 r. Zamawiający zobowiązał się do nadania pkt brzmienia (pkt 10 żądań odwołania):

„Sterowniki systemu muszą mieć zabudowane zabezpieczenie przeciwprzepięciowe powyżej 10kV, do 20kV o ile nie są zabezpieczone przez układ zabezpieczenia oprawy”

- co w efekcie stanowiło naruszenie art. 186 ust. 2 ustawy PZP;

2. opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez wskazanie szczególnego pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, co prowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, co nie jest to uzasadnione specyfiką

przedmiotu zamówienia i zamawiający może opisać przedmiot zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu nie towarzyszą wyrazy „lub równoważny” przez to, że:

2.1. określone w Załączniku nr 8 do SIWZ, w części:

2.1.1. „Wymagania dla opraw oświetleniowych” w pkt 11 wskazują wymóg zastosowania oprawy z gniazdem „*NEMA 5/7 pin wg ANSI C136.41*”;

2.1.2. „Wymagania dla Systemu zarządzania oświetleniem”¹ w pkt I „Montaż elementów SYSTEMU” wskazują wymóg by „*Sterowniki w standardzie wyposażone we wtyk NEMA 5 pin standard ANSI C136.41*”

- a wskazaniom tym nie towarzyszą wyrazy „lub równoważny”, co prowadzi do wniosku, iż wymagania Zamawiającego charakteryzują konkretne produkty lub usługi, co skutkuje wyeliminowaniem niektórych wykonawców lub produktów, a działanie takie nie znajduje uzasadnienia w specyfice zamówienia gdyż w tego typu systemach możliwe jest stosowanie różnych rozwiązań technicznych, co powoduje, iż tak ukształtowany zapis prowadzi do preferowania przez Zamawiającego wyboru jednego z możliwych technicznie rozwiązań używanych przez konkretnego producenta;

- co w efekcie prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 29 ust. 1 i 2 i 3 ustawy PZP;

3. opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez określenie zbyt rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają niektórym wykonawcom udział w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.

Powyższego naruszenia Zamawiający dopuścił się poprzez:

3.1. określenie w Załączniku nr 8 do SIWZ w pkt 1 „Montaż elementów SYSTEMU” (str. 5 Załącznika) wymagania o treści:

„Sterowniki SYSTEMU muszą być uniwersalne - wykorzystywać sterowanie zarówno sygnałem cyfrowym DALI jak i analogowym 0-10V”

- podczas, gdy wymaganie przez Zamawiającego zarówno sterowania sygnałem cyfrowym jak i analogowym prowadzi do ograniczenia zastosowania rozwiązań funkcjonujących powszechnie na rynku wykonawców i nie jest wymaganiem istotnym dla działania systemu oraz potrzeb Zamawiającego. Nie wpływa także na zakres funkcjonalności i wszystkich elementów funkcjonalnych dla prawidłowego zarządzania systemem. Co istotne także żaden system nie używa sygnału analogowego i cyfrowego jednocześnie, nie ma więc potrzeby uniwersalności w już zastosowaniu systemu;

3.2. określenie w Załączniku nr 8 do SIWZ w pkt II „Minimalne parametry SYSTEMU” (str. 6 Załącznika) w pkt 3 wymagania o treści:

„8. System jest oparty na komunikacji radiowej na częstotliwości 868MHz (...)”

- podczas gdy podana przez Zamawiającego częstotliwość jest jedną z możliwych wartości, której wybór dla produktu zależy od rozwiązań przyjętych u poszczególnych producentów, a która nie zapewnia żadnemu z produktów przewagi jakościowej i nie stanowi szczególnego, nowatorskiego rozwiązania, a tak ukształtowany zapis prowadzi do preferowania przez Zamawiającego wyboru jednego z możliwych technicznie rozwiązań używanych przez konkretnego producenta;

3.3. określenie w Załączniku nr 8 do SIWZ w pkt II „Minimalne parametry SYSTEMU” (str. 6 Załącznika) w pkt 11 wymagania o treści:

„11. Sterowniki SYSTEMU muszą mieć zabudowane zabezpieczenie przeciwprzepięciowe powyżej 10kV”

- podczas gdy, wymaganie to stanowi zbyt rygorystyczny opis parametru technicznego sterownika systemu, co nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego oraz stanowi ingerencję w technologię producenta; zauważyć należy, iż zamieszczenie zabezpieczenia na sterowniku albo w osobnym jego elemencie jest podyktowane wyborem producenta i nie wpływa na korzystanie ze sterownika i jego funkcjonalności, a tak opisany przedmiot zamówienia stanowi naruszenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

- co w efekcie prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP oraz art. 29 ust. 1 ust. 2 i ust. 3 ustawy PZP.

Wobec powyższych naruszeń Odwołujący wniósł o:

I. Uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian:

1. zmianę treści Załącznika nr 8 do SIWZ w części „Wytyczne dla opraw oświetleniowych” poprzez wykreślenie pkt 1 w brzmieniu:
„1. Budowa oprawy - dwukomorowa (otwarcie komory osprzętu nie powoduje rozszczelnienia komory optycznej).”;
2. zmianę pkt 7 treści Załącznika nr 8 do SIWZ w części „Wytyczne dla opraw oświetleniowych” poprzez nadanie mu brzmienia:
„7. Montaż na wysięgniku o średnicy 48~60mm, zakres regulacji kąta oprawy min. 15° lub za pomocą dodatkowego łącznika zmieniającego kąt pochylenia oprawy”;
3. zmianę treści Załącznika nr 8 do SIWZ w części „Wytyczne dla opraw oświetleniowych” poprzez wykreślenie pkt 9 w brzmieniu:
„9. Przy zastosowaniu różnych rozmiarów opraw - wymagane są oprawy o spójnej stylistyce z jednej serii wzorniczej opraw”;
4. zmianę treści Załącznika nr 8 do SIWZ w części „Wytyczne dla opraw

oświetleniowych", pkt 11 o treści:

„11. Oprawa przygotowana standardowo do montażu gniazda NEMA 5/7 pin ANSI C136.41”

poprzez nadanie temu punktowi Załącznika brzmienia:

„11. Oprawa przygotowana do montażu gniazda NEMA 5/7 pin ANSI C136.41 lub równoważnego odpowiadającego zastosowanemu systemowi sterowania.”;

5. zmianę treści Załącznika nr 8 do SIWZ pkt I Montaż elementów Systemu, w części „Wymagania dla systemu zarządzania oświetleniem”, o treści:

„Sterowniki SYSTEMU muszą być uniwersalne - wykorzystywać sterowanie zarówno sygnałem cyfrowym DALI jak i analogowym 0-10V.” poprzez nadanie ww. zdaniu następującego brzmienia:

„Sterowniki SYSTEMU muszą być uniwersalne - wykorzystywać sterowanie zarówno sygnałem cyfrowym DALI lub analogowym 0-10V zgodnie z przyjętym systemem sterowania”;

6. zmianę treści Załącznika nr 8 do SIWZ pkt I Montaż elementów Systemu, w części „Wymagania dla systemu zarządzania oświetleniem” o treści:

„Sterowniki w standardzie wyposażone we wtyk NEMA 5 pin standard ANSI C136.41” poprzez nadanie ww. zdaniu brzmienia:

„Sterowniki w standardzie wyposażone we wtyk NEMA 5 pin standard ANSI C136.41 lub równoważne, dostosowane do przyjętego systemu sterowania”;

7. zmianę treści Załącznika nr 8 do SIWZ w części „Wymagania dla systemu zarządzania oświetleniem”, pkt II „Minimalne parametry SYSTEMU”, pkt 3 zdanie pierwsze o treści:

„3. SYSTEM jest oparty na komunikacji radiowej na częstotliwości 868MHz pomiędzy punktem zbiorczym - radiostacją bazową a bezpośrednio wszystkimi oprawami w zasięgu komunikacji punktu zbiorczego.”

poprzez nadanie temu zdania następującego brzmienia:

„3. SYSTEM jest oparty na komunikacji radiowej pomiędzy punktem zbiorczym - radiostacją bazową a bezpośrednio wszystkimi oprawami w zasięgu komunikacji punktu zbiorczego”;

8. zmianę treści Załącznika nr 8 do SIWZ w części „Wymagania dla systemu zarządzania oświetleniem”, pkt II „Minimalne parametry SYSTEMU”, pkt 11 o treści:

„11. Sterowniki systemu muszą mieć zabudowane zabezpieczenie przeciwprzepięciowe powyżej 10kV”

poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„11. Sterowniki systemu muszą mieć zabudowane zabezpieczenie przeciwprzepięciowe powyżej 10kV, o ile nie są zabezpieczone przez układ zabezpieczenia oprawy”;

9. zmianę treści Załącznika nr 5 - 7 oraz 8a - 11 do SIWZ w sposób uwzględniający wnioski Odwołującego wskazane w pkt 1 - 8 powyżej.

II. Z ostrożności, dołączenie postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 19/18 wraz z dokumentami z akt postępowania.

III. W razie uwzględnienia całości lub części wniosków sformułowanych w punktach powyżej, wnoszę również o dokonanie odpowiednich zmian w treści Ogłoszenia o zamówieniu dotyczącym przedmiotowego postępowania, w takim zakresie, w jakim treść tego Ogłoszenia będzie stała w sprzeczności z treścią SIWZ zmienioną w wyniku uwzględnienia tego odwołania.

IV. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Z kolei po stronie Odwołującego do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia ww. wykonawcy.

W dniu 7 marca 2018 r. Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł, w trybie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w całości.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec powyższych ustaleń, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 i § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a 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 ze zm.).

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: